ANNALES

ACADEMIAE LOVANIENSIS

MDCCCXXIV—MDCCCXXV.

VOL. VIII.

ANNALES
ACADEMIAE LOVANIENSIS

ANNI OCTAVI

A DIE VI OCTOBRIS MDCCCXXIV AD DIEM XVII OCTOBRIS MDCCCXXV

RECTORE MAGNIFICO

JOANNE MICHAELE FRANCISCO BIRNBAUM

ATQUE

JOANNE BAPTISTA VAN MONS

SENATUI ACADEMICO A SECRETIS.

LOVANII,
APUD VANLINTHOUT ET VANDENZANDE, ACADEMIAE TYPOGRAPHOS.

MDCCCXXVI.

INDEX

EORUM QUAE HOC ANNALIUM VOLUMINE CONTINENTUR.

I.

NOMINA

PROFESSORUM ET LECTORUM

QUI

ANNO ACADEMICO MDCCCXXIV — MDCCCXXV

DOCENDI MUNUS OBIERUNT.

NOMINA

PROFESSORUM ET LECTORUM

QUI

ANNO ACADEMICO MDCCCXXIV — MDCCCXXV

DOCENDI MUNUS OBIERUNT.

I. *In Ordine Jureconsultorum.*

J. M. F. Birnbaum.
J. P. Debruyn.
H. F. Decoster.
A. C. Holtius.
} Prof. Ord.

II. *In Ordine Philosophorum.*

G. J. Bekker.
F. J. Dumbeck.
G. J. Meyer.
} Prof. Ord.

F. A. B. ab Reiffenberg, Prof. Extraordinarius.

J. Jacotot. Lector.

III. *In Ordine Medicorum.*

A. Van Solingen. G. J. Van Gobbelschroy. C. F. Jacmart. J. M. Baud.	Prof. Ord.

IV. *In Ordine Mathematicorum et Physicorum.*

J. B. Van Mons. J. F. Sentelet. F. J. Goebel. F. J. Adelmann.	Prof. Ord.

II.

SERIES LECTIONUM

IN ACADEMIA LOVANIENSI

PER ANNUM ACADEMICUM MDCCCXXIV—MDCCCXXV

HABITARUM.

SERIES LECTIONUM

PRO SEMESTRI HIBERNO

PROPOSITAE.

I. IN ORDINE JURECONSULTORUM.

J. M. F. Birnbaum, Prof. Ord., diebus Martis, Mercurii, Jovis et Veneris, hora VIII, *Jus criminale hodiernum*; diebus Mercurii et Jovis, hora XI, *Juris Encyclopaediam* et *Methodologiam* docebit.

J. P. Debruyn, Prof. Ord., sexies per septimanam, hora X, *Pandectas*; diebus Lunae, Mercurii, Jovis et Saturni, hora III, *Jus Naturae et Gentium* explicabit.

H. F. Decoster, Prof. Ord., sexies per septimanam, hora IX, *Jus Civile hodiernum*; diebus Martis et Veneris, hora III, *Jus publicum* docebit.

A. C. Holtius, Prof. Ord., *Institutiones* (ex recensione Bieneri) interpretabitur, diebus Martis, Mercurii, Jovis, Veneris et Saturni, hora IX; *Historiam Juris Romani* tradet, diebus Martis, Veneris et Saturni, hora XII; *Jura Mercaturae et Nautica*, diebus Mercurii et Jovis, hora eadem.

Alternatim Professores *Exercitationibus disputandi*, semel per septimanam instituendis, praeerunt.

II. IN ORDINE PHILOSOPHIÆ ET LITERARUM HUMANIORUM.

G. J. Bekker, Prof. Ord., explicabit *Terentii Heautontimorumenon* et *Horatii epistolam ad Pisones*, diebus Martis, Mercurii et Jovis, hora III. Diebus Jovis ac Veneris, hora IV, et Saturni, hora IX, docebit *Historiam Literarum Graecarum* (duce Weytinghio) et explicabit *Odysseae Rhapsodias* V, VI et VII. Literarum antiquarum studiosos exercebit in interpretando *Platonis Euthyphrone* (ad edit. Stallbaumii), et in conscribendis disputationibus literariis, diebus Martis et Mercurii, hora IV.

F. J. Dumbeck, Prof. Ord., praemissa *introductione longiori*, diebus Lunae, Martis et Mercurii, hora X, *Historiam universalem antiquam*, ducibus suis *Tabulis Ethnographico-periodico-synchronisticis*, enarrabit. Quinis prioribus septimanae diebus, hora V, *Encyclopaediam philosopham* sive unius scientiae disciplinarum quarumvis nexum abso-

lutum, juxta *S. Erhardti Compendium a se Latine versum*, cujuslibet ordinis Studiosorum usui gratificabitur, eaque terminata, diebus Lunae et Martis, hora V, Jovis vero, hora X, *Antiquitates Romanas* explicabit. Diebus Mercurii, Jovis et Veneris, hora V, *Historiam Europae Politicam* cum *Statistica* (per integrum annum) tradet, et cum ea *Exercitationes disputandi* conjunget.

G. J. MEYER, Prof. Ord., diebus Lunae, Mercurii, Jovis et Saturni, hora II, *Linguae Belgicae Grammaticam* explicabit, simulque *Exercitationes Belgice scribendi* instituet: cum provectioribus autem *praecepta stili Belgici* tractabit. Diebus Martis et Veneris, eadem hora, *Historiam patriam* exponet. Tempore opportuno *Literarum Belgicarum Historiam* tradet.

F. A. B. AB REIFFENBERG, Prof. Extraord., post *Encyclopaediam philosophiae*, praemisso quoque *Anthropologiae* conspectu, diebus Martis, Mercurii et Jovis, hora IX, *Logicam et Metaphysicam* exponet; diebus Veneris et Saturni, eadem hora, lectiones super *Criticismo Ethica*, et *Historia philosophiae* habebit, cum iis de *H. Grotio* et *Fr. Hemsterhusio* disputationes conjunget, nec non *C. L. Reinholdi Facultatis Representativae Theoriam* explanabit.

J. JACOTOT, Lector, Literas Gallicas tradet, diebus Martis, Jovis, Veneris et Saturni, hora V.

III. IN ORDINE MEDICORUM.

A. VAN SOLINGEN, Prof. Ord. diebus Martis, Mercurii et Saturni, hora II, *Artem Obstetriciam* et *morbos tam gravidarum quam puerperarum* explanabit; hora IX et dimidia, *Praxi Clinicae* praeerit, quoties puerperae in nosocomio civili decumbent. Auditoribus theoriae peritis aditus quoque ad *Institutiones Clinicas* in nosocomio obstetricio concedetur.

G. J. VAN GOBBELSCHROY, Prof. Ord., diebus Lunae, Martis et Mercurii, hora XI, *Physiologiam;* diebus Jovis et Veneris, eadem hora, *Pathologiam Generalem* explicabit.

C. F. JACMART, Prof. Ord., omni die, hora IX, *Clinicis Exercitationibus* in nosocomio civili praeerit, et tirones ad *Praxim Clinicam* instituet. Sexies per septimanam, hora X, *Therapiam Generalem* et *Specialem* tradet.

J. M. BAUD, Prof. Ord., omni die, hora VIII, Lectiones *Chirurgicae Practicae* in nosocomio civili habebit; diebus quinis septimanae posterioribus, hora III, *Anatomiam*, diebus Martis et Veneris, hora XI, *Chirurgicas Operationes* demonstrabit.

Alternatim Professores *exercitationibus disputandi*, semel per septimanam instituendis, praeerunt.

IV. IN ORDINE DISCIPLINARUM MATHEMATICARUM ET PHYSICARUM.

J. B. VAN MONS, Prof. Ord., *Chymiam Generalem et Specialem*, diebus Martis, Jovis et Saturni, hora X; diebus Mercurii et Veneris, eadem hora, *Pharmaciam practicam*, duce *Pharmacopoeia Belgica*; insuper, diebus Martis et Veneris, hora III pomeridiana, lingua belgica, *Horticulturam theoreticam et practicam* docebit.

J. F. SENTELET, Prof. Ord., *Physicam Generalem et Applicatam*, diebus Martis, Jovis et Saturni, hora XI; diebus autem Mercurii et Veneris, eadem hora, *Astronomiam physicam*, (tempore aestivo), *Oeconomiam ruralem* tradet.

F. J. GOEBEL, Prof. Ord., *Mathesin Elementarem* diebus Lunae, Martis, Jovis et Veneris, hora VIII; scilicet, diebus Lunae et Jovis, *Geometriam* (secundum sua *Elementa Geometriae*); diebus vero Martis et Veneris, *Arithmeticam Universalem*, demonstrabit. In commodum autem Studiosorum qui in Mathesis elementis satis erunt versati, die Lunae, hora XI, et diebus Mercurii et Saturni, hora VIII, *Calculum Differentialem et Integralem* ejusque applicationes docebit.

F. J. Adelmann, Prof. Ord., *Historiam naturalem animalium, cum Anatomia comparata conjunctam*, diebus Martis, Jovis et Veneris, hora IX; *Botanices elementa et Physiologiam plantarum*, iisdem diebus, hora II, die autem Mercurii, hora IX, *Mineralogiam*, exponet.

SERIES LECTIONUM
PRO SEMESTRI AESTIVO
ANNI ACADEMICI MDCCCXXIV—MDCCCXXV
PROPOSITA.

I. IN ORDINE JURECONSULTORUM.

J. M. F. Birnbaum, Prof. Ord., diebus Martis, Mercurii, Jovis et Veneris, hora VIII, *Jus Criminale Hodiernum;* diebus Mercurii et Jovis, hora XI, *Juris Encyclopaediam* et *Methodologiam* docebit.

J. P. Debruyn, Prof. Ord., sexies per septimanam, hora X, *Pandectas;* diebus Lunae, Mercurii, Jovis et Saturni, hora III, *Jus Naturae et Gentium* explicabit.

H. F. Decoster, Prof. Ord., sexies per septimanam, hora

IX, *Jus Civile Hodiernum*; diebus Martis et Veneris, hora III, *Jus Publicum*, continuabit; diebus Lunae et Mercurii, eadem hora, *Diplomaticam* docebit.

A. C. HOLTIUS, Prof. Ord., *Institutiones* interpretandas prosequetur, per dierum hebdomadem sexies, hora IX; *Juris Romani Historiam*, diebus Martis, Veneris et Saturni, hora XII; *Mercaturae* autem et *Nautica Jura*, ut instituit, diebus Mercurii et Jovis, hora meridiana, tradet, locum *De Mercatoribus qui foro cesserunt*, si tempus sufficiet, additurus.

II. IN ORDINE PHILOSOPHIAE ET LITERARUM HUMANIORUM.

G. J. BEKKER, Prof. Ord., finito Terentii Heautontimorumeno, interpretabitur *Horatii Epistolam ad Pisones*, diebus Martis, Mercurii et Jovis, hora III. Diebus Jovis ac Veneris, hora III, et Saturni, hora IX, tempore autem aestivo, hora VII matutina, *Historiam Literarum Graecarum* et *Odysseam* explicare continuabit. Literarum Antiquarum studiosi, eo moderatore, exercitabuntur in Graece scribendo et in locis difficilioribus *Odyssae* interpretandis, diebus Martis et Mercurii, hora XI.

F. J. DUMBECK, Prof. Ord., ternis septimanae diebus prioribus, hora X, *Historiam Universalem*; ternis vero diebus posterioribus, eadem hora, *Antiquitates Romanas*

continuabit. Denique, diebus Lunae, Mercurii et Jovis, hora XII, *Historiam Europae Politicam cum Statistica* tradere perget, simulque *Exercitationes Disputandi* instituet.

G. J. MEYER, Prof. Ord., diebus Lunae et Jovis, hora II, et inde, a Mense Majo, hora VII matutina, *Linguae Belgicae Grammaticam* explicabit, simulque *Exercitationes Belgice scribendi* instituet; diebus Mercurii et Saturni, eadem hora, *Literarum Belgicarum Historiam* tractabit. *Historiam Patriam* diebus Martis et Veneris, hora II, exponere perget.

F. A. AB REIFFENBERG, Prof. Extraord., diebus Martis, Mercurii et Jovis, hora IX, *Logicam* et *Metaphysicam* exponere perget, diebus Veneris et Saturni, eadem hora, lectiones super *Historia Philosophiae* continuabit, cum iis de *H. Grotio* et *Fr. Hemsterhusio* disputationes conjunget, nec non *C. L. Reinholdi Facultatis Repraesentativae Theoriam*, *Criticamque Judicii* explanabit.

J. JACOTOT, Lector, *Literas Gallicas* tradet, diebus Martis, Jovis, Veneris et Saturni, hora V.

III. IN ORDINE MEDICORUM.

A. VAN SOLINGEN, Prof. Ord., diebus Lunae, Martis, Mercurii et Jovis, hora II, *Artem Obstetriciam* et *Morbos Mu-*

lierum, *tam gravidarum quam puerperarum*, explicabit, simulque cum hac institutione *Doctrinam Pathologiae Generalis* conjunget. Diebus Lunae, hora III, auditores suos Encheiresibus obstetriciis instituet. Horis deinceps opportunis, *Praxi Clinicae* praeerit, quoties puerperae in Nosocomio civili decumbent. Medicinae denique Canditatis, theoriae peritis, aditus quoque ad Institutiones Clinicas in Nosocomio obstetricio concedetur.

G. J. VAN GOBBELSCHROY, Prof. Ord., diebus Lunae, Martis et Mercurii, hora XI, *Physiologiam*, diebus Jovis et Veneris, eadem hora, *Pathologiam Generalem*, explicabit.

C. F. JACMART, Prof. Ord., omni die, hora VIII, Clinicis Exercitationibus in Nosocomio civili praeerit, et tirones ad Praxim clinicam instituet. Diebus Lunae, Mercurii et Veneris, hora IX, *Therapiam Generalem et Specialem*; diebus Martis, Jovis et Saturni, eadem hora, *Pharmacologiam* tradet.

J. M. BAUD, Prof. Ord., omni die, hora VII, Lectiones *Chirurgiae Practicae*, in Nosocomio civili, habebit; quinis diebus hebdomadis posterioribus, hora III, *Chirurgiae Theoriam*; diebus Martis et Veneris, hora XI, *Medicinam Forensem* exponet.

Alternatim Professores exercitationibus disputandi, semel per septimanam instituendis, praeerunt.

IV. IN ORDINE DISCIPLINARUM MATHEMATICARUM ET PHYSICARUM.

J. B. VAN MONS, Prof. Ord., *Chymiam generalem et specialem*, diebus Martis, Jovis et Saturni, hora X; diebus Mercurii et Veneris, eadem hora, *Pharmaciam practicam*, duce *Pharmacopoeia belgica*, tradere perget; insuper, diebus Martis et Veneris, hora III pomeridiana, lingua belgica, *Horticulturam theoreticam et experimentalem*, docebit.

J. F. SENTELET, Prof. Ord., *Physicam Generalem et Applicatam*, diebus Martis, Jovis et Saturni, hora XI; diebus autem Mercurii et Veneris, eadem hora, *Astronomiam Physicam*; tempore aestivo, *Oeconomiam ruralem*, tradet.

F. J. GOEBEL, Prof. Ord., *Mathesin Elementarem*, diebus Lunae, Martis, Jovis et Veneris, hora VIII: scilicet diebus Lunae et Jovis, *Geometriam* (secundum sua *Elementa Geometriae*); diebus vero Martis et Veneris, *Arithmeticam Universalem*, demonstrabit; in commodum autem studiosorum qui in Mathesis elementis satis sunt versati, die Lunae, hora XI, et diebus Mercurii et Saturni, hora VIII, *Calculum Differentialem et Integralem ejusque Applicationes* docebit.

F. J. ADELMANN, Prof. Ord., diebus Martis, Jovis et Vene-

ris, hora IX, *Zoologiam Generalem cum Anatome comparata conjunctam*; die Mercurii, eadem hora, *Mineralogiam*; diebus vero Mercurii, Jovis et Saturni, hora XII, aestate autem profectiore, diebus indicandis, hora VII matutina, *Botanicam* continuabit, et tempore opportuno excursionibus botanicis praeerit.

M. GLOESENER, Lector, *Astronomiam Mathematicam* et *Mechanicam Analyticam* tradet, diebus horisque postea determinandis.

III.

SERIES

DISSERTATIONUM OMNIUM

A DIE TERTIO OCTOBRIS ANNI MDCCCXXIV

AD DIEM UNDECIMUM AUGUSTI ANNI MDCCCXXV

DEFENSARUM.

SERIES DISSERTATIONUM

ANNO ACADEMICO MDCCCXXIV — MDCCCXXV

PRO OBTINENDO DOCTORIS GRADU

PUBLICE DEFENSARUM.

IN ORDINE JURECONSULTORUM.

ANNO MDCCCXXIV, DIE I DECEMBRIS.

Dissertatio de Absentiae praesumptione et declaratione, de missione in possessionem fiduciariam et de ejus effectibus; auctore Antonio Mailliet, Tornacense.

XVIII DECEMBRIS.

Dissertatio de Qualitatibus et Conditionibus ad ineundas nuptias, jure civili requisitis; auctore Renerio Chalon, Hanno-Montano.

XXIII DECEMBRIS.

Dissertatio de Oneribus successionum quae conjugibus, stante communione bonorum legali, deferuntur; auctore Augusto Carlier, Geldoniense.

4*

ANNO MDCCCXXV, DIE IX FEBRUARII.

Dissertatio exhibens Collationem titulorum de tutelis, jure Gallico et jure Belgico recentiori; auctore Lamberto Ghisleno Loth, Marchio-Pontano.

XI FEBRUARII.

Dissertatio de Hypotheca judiciali; auctore Carolo Thirion, ex St. Gerard.

XIV APRILIS.

Dissertatio de Modis quibus ususfructus amittitur, secundum jus civile hodiernum; auctore Pacifico Bemelmans, Mosae-Trajectino.

XXVII APRILIS.

Dissertatio de Servitutibus ex jure Romano et hodierno; auctore Francisco Bernardo Huberto Michiels Van Kissenich, Ruremondano.

II MAII.

Dissertatio de revocandis Donationibus inter vivos ex jure Romano; auctore Julio De Wellens, Antverpiense.

IV MAII.

Dissertatio de Condictione indebiti; auctore Leonardo Henrico Du Bus, ex Dottignies.

I JUNII.

Dissertatio de Donationibus bonorum praesentium in contractu antenuptiali propter nuptias licitis; auctore Joanne Huberto Mulkens, Mosae-Trajectino.

IX JUNII.

Dissertatio de Commodato ex jure Romano; auctore Ludovico Ghisleno Byl, Gerardimontense.

XIII JUNII.

Dissertatio exhibens Quaestiones varii argumenti; auctore Francisco Dezangré, Lovaniense.

XXII JUNII.

Dissertatio de Compensatione ex jure hodierno; auctore Ludovico Ranwet, Bruxellense.

VII JULII.

Dissertatio de Legitima liberorum et ascendentium ex codice civili hodierno; auctore Carolo Augusto Des Romains, ex Frasnes, in Hannonia.

XX JULII.

Dissertatio de rescindenda haereditatis Divisione; auctore Petro Martino Lints, Lovaniense.

XXI JULII.

Dissertatio de Divortio ex jure Gallico; auctore Carolo Alberto Deodato Du Bois, Thenense.

XXIII JULII.

Dissertatio de Domicilio; auctore Ludovico Henrico Colinez, Bruxellense.

XXV JULII.

Dissertatio de mortis civilis Effectibus; auctore Jacobo Schoenmaeckers, Mosae-Trajectino.

I AUGUSTI.

Dissertatio de rei Vindicatione quae mercatorum est; auctore Carolo Antonio Josepho Stappaerts, Antwerpiense.

II AUGUSTI.

Dissertatio de revocandis Donationibus ob supernascentiam liberorum ex codice civili hodierno; auctore Desiderio Grenier, ex Olignies.

III AUGUSTI.

Dissertatio de publiciana in rem Actione; auctore Joanne-Baptista De Lescluse, Athense.

VIII AUGUSTI.

Dissertatio de Statu atque Juribus liberorum ex adulterino vel incestuoso coïtu natorum; auctore Ernesto Defacqz, Athense.

IX AUGUSTI.

Dissertatio exhibens quaedam de privatis et publicis instrumentis Principia nec non selectas Quaestiones; auctore Ruperto Petit, Hanno-Montano.

IX AUGUSTI.

Dissertatio de Interpretatione ambiguitatum obscuritatumque quae in conventionibus ac testamentis saepissime inveniuntur; auctore Ludovico Alexandro De Dieudonné, Lovaniense.

X AUGUSTI.

Dissertatio de Testamentis revocandis ex jure hodierno; auctore Theodoro Di Martinelli, Gheelense.

X AUGUSTI.

Dissertatio de Collationibus ex jure hodierno; auctore Julio Joanne Josepho Abrassart, Hanno-Montano.

XI AUGUSTI.

Dissertatio de Fidejussoribus, secundum jus Romanum; auctore J. B. Carolo Huberto Quinet, Hanno-Montano.

XI AUGUSTI.

Dissertatio de Possessione ex jure Romano; auctore Edmundo Du Bus, Tornacense.

XII AUGUSTI.

Dissertatio de Successionibus; auctore Simone Pollet, Tornacense.

XIII AUGUSTI.

Dissertatio de Testamentis publicis ex codice hodierno ordinandis; auctore Josepho Adriano Augustino Dierckx, Thurnholtano.

XIII AUGUSTI.

Dissertatio de Parricidio ex jure Hodierno; auctore Juliano Mascart, ex Ohain.

IN ORDINE MEDICORUM.

ANNO MDCCCXXIV, DIE XI NOVEMBRIS.

Dissertatio de Consuetudine; auctore Coelestino Josepho Ghisleno Piret, ex Gougnies, in Hannonia.

I DECEMBRIS.

Dissertatio de Haematosi; auctore Josepho Antonio Leroy, Antverpiensi.

II DECEMBRIS.

Alphonsus Van Haesendonck, Antverpiensis, *Artis Obstetriciae* Doctor renunciatus est.

XXX DECEMBRIS.

Ludovicus Augustinus Arnauts, ex Geelbetz, *Artis Obstetriciae* Doctor renunciatus est.

ANNO MDCCCXXV, DIE XI JANUARII.

Dissertatio de Hydrophobia; auctore Jacobo Walsh, Collegio Regio Londinensi adscripto, de Balla, in Hibernia.

X MARTII.

Dissertatio de Urethritide in Viro; auctore Carolo Jacobo Donckers, Vilvordiensi.

XXIII APRILIS.

Franciscus Carolus Innocentius Hermans, Diesthemiensis, Doctor *Chirurgiae* renunciatus est.

XX JUNII.

Dissertatio de Facultatibus Intellectus; auctore Francisco Michaele Noël, ex Eghezée, in Provincia Namurcensi, Nosocomii Clinici Lovaniensis Internus.

XXIII JUNII.

Dissertatio de Cholera Morbo; auctore Francisco Josepho Hannegraeff, Antverpiensi.

VIII JULII.

Dissertatio de Obliquitate naturali et non naturali Uteri; auctore Carolo Josepho Kayeman, Nivellensis, Nosocomii Clinici Lovaniensis Internus.

XIII JULII.

Guillelmus Timmermans, ex Tervuren, Doctor *Artis Obstetriciae* renunciatus est.

XIX JULII.

Carolus Josephus Kayeman, Nivellensis, Doctor *Artis Obstetriciae* renunciatus est.

XXV JULII.

Franciscus Michael Noël, ex Eghezée, Doctor *Chirurgiae* renunciatus est.

XXIX JULII.

Carolus Josephus Kayeman, Nivellensis, Doctor *Chirurgiae* renunciatus est.

XXX JULII.

Dissertatio de Vaccina; auctore Petro Van Mens, Bredano.

III AUGUSTI.

Dissertatio de Phthisi pulmonali ex Metritide chronica; auctore Francisco Xaverio Allart, Wavriense.

III AUGUSTI.

Petrus Josephus Hensmans, Lovaniensis, Doctor *Pharmaciae* renunciatus est.

IV AUGUSTI.

Dissertatio de Gastritide chronica; auctore Henrico Van Berchem, Bruxellense.

V AUGUSTI.

Dissertatio de Podagra; auctore Joanne Baptista Foucart, ex Berchem prope Antverpiam.

VI AUGUSTI.

Dissertatio de Pneumorrhagia; auctore Adriano Ghisleno Ballieu, Nivellense.

VIII AUGUSTI.

Dissertatio de Respiratione; auctore Hilario Augustino Lepoutre, Virovurcensi.

IX AUGUSTI.

Dissertatio de Opio; auctore Mathias Van Der Elst, ex Uccle.

IV.

ACTA ET GESTA

IN SENATU

TAM ACADEMICO QUAM AMPLISSIMO.

5*

ACTA ET GESTA

IN SENATU

TAM ACADEMICO QUAM AMPLISSIMO.

ANNO MDCCCXXIV.

XXV. NOVEMBRIS.

Recitatae sunt literae Collegii Curatorum quibus Senatus certior factus est AUGUSTISSIMO REGI placuisse Virum Amplissimum Van Hulthem, hactenus Academiae nostrae Curatorem, in Academiam Gandavensem, eadem qualitate traducere; nostrae vero, in ejus locum, Virum nobilissimum, Baronem a Keverberg a Kessel, adsciscere.

Leguntur ejusdem Collegii Literae cum Senatu communicantes. Decretum Regium quo Vir. Doct. M. Gloesener, Matheseos Magister et Philosophiae naturalis Doctor, in Ordine Physicorum et Mathematicorum Lector designatus est.

ANNO MDCCCXXV.

III FEBRUARII.

Legitur epistola Viri Cl. Senatus Academici Leydensis Actuarii, qua, Senatus nomine, ad faestum seculare, proxime celebrandum, solemniter invitantur Academiae nostrae Rector et Graphiarius.

XII MARTII.

Recitantur Literae Ampliss. Academiae Curatorum et rescriptum summi Artium Disciplinarumque Praefecti quo statuuntur feriae hyemales.

V MAJI.

Praelectum est Decretum Regium quo Viro ornat. A. Molitor, Juris utriusque Doctori, titulus Lectoris in Ordine Jureconsultorum tributus et concessus est.

Electi sunt, ex art. 184 *stat. acad.*, sex Candidati e quibus ab AUGUSTISSIMO REGE desumeretur qui, anno proximo, Academiam regeret.

XIV JUNII.

Recitatae sunt Literae Curatorum quibus Senatui significatum est Virum Clariss. Sentelet, in Ordine Physicorum et Mathematicorum Professor ordinarius, ex art. 85 *stat. acad.*, rude donatum esse.

XVIII JULII.

Lectum est Decretum Regium quo Lectiones, vernaculo sermone habendae, de Mechanica et Chemia Technica in singulis Academiis instituuntur.

X AUGUSTI.

Ex commendatione Ordinis Physicorum et Mathematicorum, Dignitas Matheseos Magistri et Philosophiae naturalis Doctoris, in Virum Doctiss. F. M. VERBERT, in Scholis Medicis quae Antverpiae est, Professorem publicum, ex art. 30 *stat. acad.*, collata est.

Tum praelectum est Decretum Regium quo Vir Humaniss. F. J. DUMBECK, in annum proximum Rector Magnificus Academiae designatus est.

Praelectum est alterum Decretum Regium quo Lovanii instituitur Collegium Philosophicum.

Sex postea, ex art. 194 *stat. acad.*, electi sunt candidati pro munere Senatus Actuarii.

III OCTOBRIS.

Praelectum est Decretum Regium quo nominatim caveturne Juvenes Belgae qui Literis humanioribus extra Regnum studuerunt, Civium Academicorum numero in posterum adscribi possint.

Tum in conventu Curatorum, Rectoris et Assessorum, ex art. 194 *stat. acad.*, Senatus Actuarius electus est Vir. Hum. G. J. MEYER, in Ordine Literat. et Philosoph. Professor Ordinarius.

Quibus peractis, Vir. Clar. F. J. DUMBECK, praestito, ex art. 186 *stat. acad.*, jurejurando, munus Academiae regundae suscepit.

V.

JUDICIA ORDINUM

DE

RESPONSIONIBUS AD QUAESTIONES

PRO

CERTAMINE LITERARIO ANNI MDCCCXXV

PROPOSITAS.

JUDICIA ORDINUM

DE

RESPONSIONIBUS AD QUAESTIONES

PRO

CERTAMINE LITERARIO

ANNI 1824—1825

PROPOSITAS.

JUDICIUM ORDINIS JURECONSULTORUM.

Ad quaestionem ab Ordine propositam:

« Qua ratione et qua via ducti, Galliae legumlatores pervenerunt ad constituenda ea quae Codicis poenarum, quo adhuc utimur, articulo secundo constituta reperiuntur; quae sit hujus articuli vera sententia et quatenus cum hac sententia ipsa verba congruant, quantum denique illa praecepta, et a ratione Juris Criminalis, et ab aliorum populorum legibus discedant. »

6*

tria responsa Ordini allata sunt.

Primum, inscriptum hoc Terentii:

Quidquid praeter spem eveniat omne id deputabo esse in lucro.

reliquis stilo bene latino et sermonis elegantia rerumque dispositione praestat. Ejus auctor perspicue quaestionis argumentum explicuit et insignem eorum quae de jure criminali, praecipue apud Germanos, scripta sunt, notitiam exhibuit. Eam tamen quaestionis partem, qua quaeritur, qua via ducti legumlatores Galliae ad constituenda ea pervenerint, quae in articulo secundo constituta reperiuntur, nimis leviter adtigit, nec quatenus verba cum legis sententia congruerent satis perspexit. Praeterea, quaedam de ratione juris criminalis minus adcurate dicta et ea quae de aliorum populorum legibus indicata sunt, nimis exigua judicavit Ordo.

In secunda responsione quae hanc habet inscriptionem:

Punissez, mais ne punissez pas aveuglement, punissez, mais utilement; si l'on a peint la justice avec un bandeau sur les yeux, il faut que la raison soit son guide.
VOLTAIRE.

ea potissimum quae in superiori commentatione desiderantur egregia ratione exposita sunt, exceptis iis quae generalia juris criminalis praecepta spectant, quorum scientiam auctor non satis firmam, nec systematico studio acquisitam exhibuit. Caeterum summa industria omnia quae ad argumen-

tum spectare videbantur in ipsius commentatione considerata et cum plurimorum populorum legibus, iisque recentissimis, collecta sunt. Plura fusius magis quam adcuratius tractata et singula, nec apte disposita, nec necessaria videbantur.

Tertia tandem responsio his verbis insignita :

Magistratus Dei minister est tibi in bonum. Si autem malum feceris, tunc non enim sine causa gladium portat.
Apost. ad Rom., cap. 15, vers. 4.

et doctrinae copia, et adcurata rerum expositione excellit. Pauca eorum quae apud cultiores Europae populos de quaestionis argumento scripta sunt, auctori ignorata, et plurima eorum quae nostra aetate vel remotiori, de eodem argumento legibus praescripta sunt, apud populos quoscunque, ei nota erant. In his omnibus conferendis et adplicandis miram diligentiam exhibuit, in eorum exitu explicando, insolitam sagacitatem. Singula tantum in historice rei tractatione firmis testimoniis, in philosopha ejus expositione rationibus perspicuis carent. Auctor quoque majorem curam sermonis elegantiae et perspicuitati adhibere, quaedam omittere, alia melius disponere potuisset. Eruditionis vero specimen viro dignum in commentatione sua exhibuit, ideoque eam praemio ornare Ordo non dubitavit.

aperta schedula commentationi annexa, nomen adparuit

XAVERII LELIÈVRE, Namurcensis,

in Academia nostra Juris Candidati.

Qui, instituto examine, se esse scriptionis auctorem Ordini probavit.

Duorum aliorum responsorum auctoribus quoque Ordo publicas laudes nominatim tribui voluit, si ejus rei copiam ipsi facere vellent. Quod quum factum esset, et, instituto examine, dissertationis primo loco nominatae auctor.

ANNEUS GERARDUS BROUWER, Dordracensis,

Juris Candidatus in Academia Lugduno-Batava.

posterius vero indicatae.

FRANCISCUS GUSTAVUS KENNIS, Antverpiensis,

in Academia Lovaniensi Juris Studiosus.

judicatus est.

JUDICIUM ORDINIS PHILOSOPHORUM ET LITERATORUM.

Ad primam quaestionem his verbis conceptam :

« Postulatur Descriptio historico-geographica comitatus Flandriae, eo tempore quo Margaretha, Ludovici Maleani filia, Philippo Audaci, Burgundionum Duci, nupsit. »

unam solummodo Ordo accepit Dissertationem, inscriptam « *Perseverando.* »

Cujus auctor argumentum quaestionis et penitus perspexit et docte, perspicue eleganterque explicuit; quaecumque protulit, Germanorum eorumque optimorum fontium auctoritate firmavit, ac praeterea totam scriptionem duabus, singulari cura et artificio, elaboratis, tabulis geographicis egregie illustravit. Ei itaque praemium sine ulla cunctatione adjudicatum est. Explicata autem schedula adparuit nomen

FREDERICI COMITIS A BYLANDT, Hagae Comitani,

in Academia nostra Juris Studiosi;

qui dubitationes ab Ordine adlatas tanta eruditione refutavit, quanta a nemine poterant nisi ab ipso auctore refutari.

Ad secundam quaestionem:

« Exhibeatur Disputatio de vita et scriptis Heraclidae Pontici, Philosophi et Historici. »

quatuor traditae sunt commentationes, quarum prima verbis « Quid tentasse nocet? » insignita, tot levitatis et festinationis vestigia prodit, ut Ordo nullam esse illius rationem habendam censeret. Auctor alterius quae his Tennemanni verbis inscribitur:

Wer sich fuer die Philosophie interessirt, der darf auch kein Fremdling in der Geschichte ihrer Bildung seyn.

ab argumento quaestionis recedens locum de vita et scriptis Heraclidae leviter modo tetigit et, Critica prorsus neglecta, id unum fere egit, ut in brevi conspectu poneret illius doctrinam et cum aliorum auctorum placitis compararet; eam praeterea ostendit in indicandis fontibus incuriam totiesque in oratione Latina peccavit ut neque ei praemium adjudicari posse videretur. Cum ceteroquin plena sit bonae frugis haec scriptio multaque contineat ad illustrandam Heraclidae doctrinam utilissima, eam publice laudandam esse censuit Ordo. Digna autem quae praemio ornaretur visa est tertia Commentatio, symbolum habens Galeni sententiam :

Χαλεπὸν μὲν ἄνθρωπον ὄντα μὴ διαμαρτάνειν ἐν πολλοῖς, τὰ μὲν ὅλως ἀγνοήσαντα, τὰ δὲ κακῶς κρίνοντα, τὰ δὲ ἀμελέστερον γράψαντα.

Aperta schedula, commentationi adjecta, apparuit nomen

JOSEPHI EMMANUELIS GISLENI ROULEZ, Nivellensis,

Philosophiae et Literarum Antiquarum in hac Academia Studiosi;

qui superiori quoque anno ab Ordine Philosophorum et Literatorum Academiae Gandavensis victor erat renunciatus, et, examine instituto, probavit esse a se hanc dissertationem conscriptam.

Quarta denique disputatio, inscripta versu Hesiodeo :

Ἔργον δ᾽ οὐδὲν ὄνειδος, ἀεργείη δέ τ᾽ ὄνειδος.

reliquis tribus est copiosior, et admirabili prorsus diligentia elaborata, eamque prodit auctoris, et doctrinae ubertatem, et ingenii praestantiam, ut praemium ille haud dubie reportasset, nisi esset ab aemulo ereptum. Hujus enim commentatio licet brevior sit, nec ipsa omnibus numeris absoluta, praestare tamen visa est, tum dispositione rerum ac scribendi genere puro et emendato, tum doctrinae elegantia ac dijudicandi subtilitate. Ut vero nec quartae Dissertationis auctor suis laudibus privaretur, secundos ei honores decrevit Ordo, statuitque ut literis hujus rei testibus donaretur, si publice invitatus nomen suum profiteri voluisset. Quod cum fecisset, schedula resignata et instituto examine, apparuit verum hujus scriptionis auctorem esse :

EUGENIUM DESWERTE, Lovaniensem,

Juris in Academia nostra Studiosum.

Ad tertiam denique quaestionem.

« Instituatur censura doctorum Virorum qui apud Belgas ante saeculum XVII in Philosophia Aristotelica aut illustranda aut immutanda elaborarunt, »

Nulla prorsus missa est responsio.

JUDICIUM ORDINIS MEDICORUM.

Ad quaestionem ab Ordine Medicorum propositam:

« Designentur exacte differentiae singulae quae sunt inter
» foetum, et hominem aliquo tempore natum, cum expo-
» sitione rationum quae ad diversitates istas pertinent? »

Quatuor Ordini oblatae sunt commentationes ita inscriptae:

1° *Felix qui potuit rerum cognoscere causas. Virg. Georg.*

2° *Natura non facit saltus. Linn. Phil. Bot.*

3° *Verum enim vero quid de generis humani cognitione sollicitis dulcius, aut philosopho dignius quam in gemma quasi contemplari mirificam formam perfectissimi corporis in orbe terrarum, altissimaeque, quantum fieri potest, ejus indagare et repetere origines? Soemmering, Icones Embryon.*

4° Οὐ μὲν τὰ ἀναγινώσκοντας ὀκνεῖν, ἐννοεῖν ὥσπέρ οὐδ' ἡ φύσις ποιεῖ.
GALENUS.

Cum autem in iis singulis, multa fuse satis pertractentur quae nihil fere ad genuinam quaestionis interpretationem faciunt, dum pauca, rei magis adposita, nimium festinenter conscripta sint, aliaque omissa, illas, unanimi consensu, iis dotibus carere judicavit Ordo, quae in commentatione requiruntur ut huic splendidum Laureae praemium tribuatur.

JUDICIUM ORDINIS DISCIPLINARUM MATHEMATICARUM ET PHYSICARUM.

Ad primam quaestionem ab ordine propositam :

« Colligantur atque exemplis illustrentur idoneis, rationes quarum auxilio objectorum ac meteorum intervalla a superficie terrae, quantum potest, accurate mensurentur. »

Una tantum responsio Ordini perlata; in binas est divisa partes; priore, rationes, ope graphometri, altitudines rerum mensurandi continentur; posteriore autem eamdem rem, auxilio barometri, effici posse exponitur; quae pars altior magis elaborata videtur, quam circa ipsam determinationem altitudinis rerum, subsidio graphometri, factum est. Cum vero auctor hujus commentationis multum eruditionis permagnamque comprobaret, deligentiam, Ordo judicavit eidem praemium regium decernendum esse; aperta Schedula inventum est nomen

EDUARDI HAYEZ, Bruxellensis,

Disciplinarum Math. et Phys. in nostra Academia Studiosi.

Ad secundam quaestionem :

« Inquiratur de verisimiliori azotis indole, et explanentur composita proxima cuncta et remota praecipua quae cum aliis corporibus azotes sistit, allatis rationibus ponderatis et, re nata, mensuratis, juxta quas composita illa perficiuntur. »

Unum duntaxat ad Ordinem pervenit responsum; huic epigraphium erat : « Quis non descendat in arenam, ubi vinci etiam gloriosum est? »

Judicavit Ordo auctorem quaecunque in programmate petita erant, adimplevisse, materiam penitus eum exhausisse et sermone bene technico suum Commentarium conscripsisse; quare nequaquam dubitavit palmam scriptori esse deferendam; aperta Schedula quae responsum concomitabatur et, instituto quod a lege praescribitur examine, compertum est auctorem Commentarii palma donandi esse

ADOLPHUM GREGOIRE, ex Gosselies, in Hannonia,

Medicinae in Nostra Academia Studiosum.

Ad tertiam denique quaestionem.

« Detur accurata descriptio plantarum officinalium et venenatarum, tum phanerogamarum tum cryptogamarum, in hac regione sponte crescentium, addita earum historia. Indicentur caracteres praecipui, tam familiarum quae, nostra aetate, naturales appellantur, quam classium Linnaei quo referuntur; deinde ostendantur proprietates, loci natales, inflorescentiae tempus, usus medici et oeconomici, ac denique doceatur quibus illae notis differant a plantis quibuscum facile possunt confundi. »

Tres dissertationes transmissae sunt quarum primae haec verba inscribuntur :

La botanique n'est pas une science sédentaire et paresseuse qui se puisse acquérir dans le repos et dans l'ombre d'un cabinet. (Fontenelle *Eloge de Tournefort*).

Cui scriptioni, sive curam qua cuncta disposita sunt, spectemus, sive rationem eorum quae postulabantur, habeamus, multa et maxima quidem desunt ad perfectionem. Omnes partes leviter tetigit auctor, imo nonnulla quae sedulo evolvi debuissent, silentio praetermisit; inculta quoque et vitiosa dicendi ratio in dissertatione observatur; de illa itaque reprobanda ordo non dubitavit.

Secunda, cui haec est inscriptio :

« . . . . . *Peregrina quid aequora tentas ?*
Quod quaeris tua terra dabit. »

Iisdem fere quae in prima deprehenduntur, vitiis scatet, ita quidem ut, omnibus rite perpensis, difficile prorsus foret indicare quaenam alteri praevaleat.

Tertia vero hocce lemmate insignita :

« . . . . . *Dehiscunt*
Folliculi; volat aura ferax, tutoque reflexa
Praecipitat, perque antra tubae, perque antra placentae. »

Majorem auctoris diligentiam atque industriam testatur,

aliisque sine dubio praeferenda est. Quarumdam vero quaestionis partium plena desideratur expositio; de nonnullis quoque nimis breviter et confuse disserit auctor; quibus insuper accedit rerum reprehendenda dispositio; praemium itaque ei itidem non esse adjudicandum censuit Ordo.

VI.

PROGRAMMA

CERTAMINIS LITERARII

EX DECRETO REGIO XXV SEPTEMBRIS MDCCCXVI

ART. CXL AD CIL

PROPOSITI.

QUAESTIONES

SINGULARUM DISCIPLINARUM STUDIOSIS

IN ACADEMIIS ET ATHENAEIS BELGICIS

PRO CERTAMINE LITERARIO ANNI MDCCCXXV

PROPOSITÆ.

I. AB ORDINE DISCIPLINARUM MATHEMATICARUM ET PHYSICARUM.

I.

Colligantur, atque exemplis illustrentur idoneis, rationes, quarum auxilio, objectorum ac meteorum intervalla a superficie terrae, quantum potest, accurate mensurentur.

II.

Inquiratur de verisimiliori azotis indole, et explanentur composita proxima cuncta et remota praecipua quae cum aliis corporibus azotes sistit, allatis rationibus ponderatis et, re nata, mensuratis, juxta quas composita illa perficiuntur.

III.

Detur accurata descriptio plantarum officinalium et venenatarum, tum phanerogamarum, tum cryptogamarum, in hac regione sponte crescentium, addita earum historia; indicentur characteres praecipui tam familiarum quae, nostra aetate, naturales appellantur, quam classium Linnaei quo referuntur : deinde ostendantur proprietates, loci natales, efflorescentiae tempus, et usus medici ac oeconomici; denique doceatur quibus illae notis differant a plantis quibuscum facile possunt confundi.

II. AB ORDINE JURECONSULTORUM.

Quaeritur qua via et qua ratione ducti Galliae legumlatores pervenerint ad constituenda ea quae Codicis poenarum, quo adhuc utimur, articulo secundo constituta reperiuntur? Quae sit hujus articuli vera sententia, et quatenus cum hac sententia ipsa verba congruant? Quantum denique illa praecepta et a ratione juris criminalis et ab aliorum populorum legibus discedant?

III. AB ORDINE PHILOSOPHIÆ ET LITERARUM HUMANIORUM.

I.

Postulatur descriptio historico-geographica Comitatus Flandriae eo tempore quo Margaretha, Ludovici Maleani filia, Philippo audaci, Burgundiae duci, nupsit.

II.

Exhibeatur disputatio de vita et scriptis Heraclidae Pontici, Philosophi et Historici.

III.

Instituatur Censura Doctorum virorum qui, apud Belgas, ante saeculum XVII, in philosophia Aristotelica aut illustranda aut immutanda elaborarunt.

IV. AB ORDINE MEDICORUM.

Designentur exacte differentiae singulae quae sunt inter foetum et hominem aliquo tempore natum, cum expositione rationum quae ad diversitates istas pertinent.

Responsa oratione Latina, manu aliena, nitide scribenda, una cum schedula, nomen auctoris occultante, cui eadem sit quae responso inscriptio, ad virum Cl. qui tunc Senatui Academico ab actis erit, ante Calend. Junias MDCCCXXV, mittantur ut victores ex decreto regio, justo tempore, proemiis ornari possint.

Lovanii, Calendis sextilibus MDCCCXXIV.

VII.

JOH. MICH. FRANC. BIRNBAUM

ORATIO.

VIII.

JOH. MICH. FRANC. BIRNBAUM

ORATIO,

DE PECULIARI AETATIS NOSTRAE

JUS CRIMINALE REFORMANDI

STUDIO,

ET LEGUM LATORIS IN EA RE CONFICIENDA PROPRIO MUNERE,

QUAM HABUIT

A. D. XVII. OCTOB. ANNI MDCCCXXV,

CUM ACADEMIAE REGUNDAE MUNUS DEPONERET,

ET COLLEGIUM PHILOSOPHICUM IN ACAD. LOV. INAUGURARETUR.

Curatores Academiae, Viri Amplissimi, Gravissimi!

Vir Amplissime, cui Rerum Institutionis Publicae in his terris curandarum munus nuper demandatum est!

Qui in hac Provincia et Civitate Magistratibus gerendis, Sacris custodiendis praeestis, Viri Illustres, summum Venerandi, Amplissimi, Spectatissimi!

Collegae Clarissimi, Conjunctissmi!

Juvenes Literarum Studiosi Carissimi!

Cives, Hospites, suo quisque loco, Ornatissimi!

Quum primum de argumento cogitarem de quo hoc solemni die verba facerem, sequi non dubitavi laudabilem illam et perantiquam consuetudinem, qua qui Magistratum Academicum deponunt, de ea doctrina quam ipsi profitentur, quaedam dicere solent, antequam ad ea quae potissimum officii eorum esse videntur, accedant. Quum vero ea disciplina quam ante hos octo annos in hac Academia docere institui, et cui colendae praecipuam vitae operam consecravi, parum habeat quod possit multorum auditorum animos tenere, et eorum qui ad solemnia celebranda conveniunt,

exspectationem explere, diu haesitavi quodnam disputationis argumentum seligerem? Quod vero maxime augebat eam quam jam ante habui dubitationem, id ipsum erat, quod Augustissimus Rex noster sapientissimo consilio novum Collegium Philosophicum cum Academia nostra conjungi voluit, illudque eodem die auspicari placuit, quo Magistratus Academicus ex lege mihi esset deponendus. Quamquam enim unus ex Viris Clarissimis, qui in illo Collegio juventutis instituendae provinciam nacti sunt, ad celebranda novae institutionis solemnia peculiarem orationem dicturus est, hanc rem tamen non ita alienam esse putavi ab officio meo, ut crederem de ejusmodi argumento loqui licere, quod nullo prorsus pacto cum hujus diei solemnitate contineretur. Quam vero difficile sit ea omnia inter se componere quae a me et antiqua consuetudo et nova institutio postulant, nemo non intelliget. Nam aptissima quaeque ad hujus diei solemnitatem remotissima sunt ab ea doctrina quam equidem profiteor, et aliena a scientia mea, ut impar viribus meis opus adgredi vererer, si eadem oratione adtingere vellem! Et ex universo ambitu illius doctrinae, cujus docendae munus mihi contigit, quam tandem partem reperire queam quae aliqua ratione cohaerere videatur cum consilio ac fine novae hujus institutionis, quam Regis Augustissimi summae benevolentiae debemus? Licet enim omnes disciplinae quandam continentiam rerum et communicationem habere dicantur, hanc tamen communicationem penitus perspicere nemo valet, quin omnes omnino disciplinas diligenter coluerit ac mente sit complexus, nec quisquam clare illam demonstra-

bit, nisi eamdem penitus perspexerit, atque dotibus oratoriis excellat.

Mihi autem, ut possim aliquo modo in hac re proficere, cum multarum aliarum rerum, tum maxime bene dicendi peritia deest; ideoque nullam aliam viam qua et antiquo mori obtemperetur et novae legi satis fiat, superesse video, quam si prius nulla institutionis hodie auspicandae ratione habita aliquod argumentum adtingam, quod ad meum docendi munus pertinet, deinde vero in narratione eorum quae per annum superiorem in Academia nostra evenerunt, ad ea transgrediar quae nova institutio postulat, ita tamen ut de ea re quid sentiam potius proferre, quam disserere videar. Nec alienum me facturum esse existimavi, si de poenis infligendis verba facerem, ubi de praemiis distribuendis agendum foret, utraque enim res plurimum valet ad reipublicae salutem atque incolumitatem, et tantam inter se habet communionem, ut nuper utramque conjunctim tractare non dubitaret unus ex sagacissimis rerum civilium scriptoribus, cujus nomen per totam Europam celebratur.

Eo libentius mihi, Auditores Spectatissimi, hanc rerum conjunctionem condonabitis, nec Juvenes Ornatissimi quorum diligentia hodie remuneranda est, aegre ferent, me antea de maleficiis puniendis dicere. Etenim propter hoc ipsum quod unus eorum tam egregie de simili argumento disputavit, in eumdem praemium est conferendum, et ceterorum quoque gloria virtutis et industriae laude magis elu-

cebit, si antea in auditorum memoriam revocavero, publicae animadversionis necessitate interdum quoque rempublicam obligari.

Minus itaque mihi timendum esse puto, ne ipsum orationis meae argumentum displiceat. Quod vero maxime me sollicitum habet, illud est, quod eam dicendi vim et venustatem mihi deesse sentio, qua sola possem quae vera sunt omnibus persuadere, quae vero ex rerum tractandarum natura fortasse injucunda videbuntur, verbis mollire et quasi jucundiora reddere. Quae res eo magis me hodie commovere debet, cum tot viros dignitatis splendore et doctrinae gloria praestantes, cives, hospites plurimos coram me congregatos conspicio, quos novae institutionis inauguratio huc adduxit, et fortasse ejusmodi orationis exspectatio tenet, quae digna sit et hujus Academiae splendore et duplicis mei officii gravitate, et novae institutionis praestantia et celeberrimo hoc conventu. Nolite vero, Auditores Ornatissimi, ex splendido hoc novae rei adparatu ingenii mei dotes computare, nec ex auditorum insolito conventu oratoris insolitam eloquentiam exspectare. Semper enim veritatis quidem inquirendae summum mihi studium erat, eloquentiae colendae admodum exiguum, multorum populorum mores investigavi et leges, sermonis vero elegantiam in ipsa lingua quae est patriae meae si adsequi vellem, me hoc non consecuturum esse persuasum habeo. Nec eruditionis specimen edere hac mea oratione sed quaedam tantum monere volui, ad quae Rerum Publicarum moderatores et Juris Doctrinae cul-

tores qui hanc solemnitatem praesentia sua condecocarent; animum advertere non dedignarentur. Proposui itaque mihi paucis disserere de *peculiari aetatis nostrae Jus Criminale reformandi studio, et legumlatorum in ea re conficienda proprio munere.*

Ex quo in Borussia, Austria et Franco-Gallia novi legum Codices sanciti sunt, et variam in variis terris vim exseruerunt, per totam fere Europam novarum legum desiderium ortum est. Adeoque cum novos legum Codices nec necessarios esse nec utiles, aetatemque nostram ad tale opus perficiendum parum opportunam, et moribus potius quam legibus jus corrigendum esse censeant nonnulli ex iis Jureconsultis qui nunc praestantissimi habentur, magnaque sit horum virorum auctoritas, eorum sententia tamen non multum admodum valuisse videtur apud plurimorum populorum legumlatores. Non solum enim ut in hac patria nostra, ita in aliis regionibus Europae Continentis novi legum Codices parantur, sed etiam apud Anglos qui adhuc juris sui civilis, quod magnam partem moribus constat, summam perfectionem et absolutionem esse praedicabant, atque imprimis in jure privato omnem innovationem quasi fastidiebant, circa has causas ipsas quae in jure privato versantur, ut nuperrime accepimus, novae leges desiderari coeperunt. Quod autem hodie commune est pluribus populis leges scriptas habendi studium, id minus in rebus civilibus quae proprie ita adpellantur, quam in criminum causis profecisse palam est, plurimosque nostra aetate legum criminalium quas vocant,

contra perpaucos legum civilium Codices sancitos esse videmus.

Mitiorem poenarum Codicem jam ante hoc opus in Austria, Franco-Gallia et Borussia perfectum, versus finem saeculi quod proxime abiit, Hetruria acceperat, et Ducis Sapientissimi Leopoldi exemplum in Germania imitatus erat Episcopus Franciscus Ludovicus moderator quondam patriae meae, quae Caroli Quinti temporibus quoque legum latori Imperii Germanici in emendando Jure Criminali praeivit (1). Non solum vero apud suos ille Episcopus optimi principis memoriam reliquit, sed etiam prudentis legum reformatoris laudes apud Exteros nactus, nec a Batavis ignoratus est, apud quos Kemperus nuper ejus in Jure Criminali merita in suis scriptis illustravit (2). . . . . Paucis me hic natalis mei soli meminisse, apud vos, Auditores Spectatissimi, eo minus mihi invidiae erit, cum eadem res occasionem praebuerit celebrandi memoriam Viri omnibus Belgis Cari, quem praematura morte ereptum dolet patria, dolet quivis literarum amicus.

Ut vero nunc ad proprium orationis meae argumentum accedam, hoc prae ceteris considerandum esse existimo, commune illud de quo disserendum est, saeculi nostri studium Jus Criminale reformandi, non solum apud plurimos Europae populos animadverti, sed etiam in pluribus Americae regionibus de novo judiciorum publicorum ordine, de nova puniendorum maleficiorum ratione a legumlatoribus cogitari, adeoque remotissimos Australiae insulas, ubi vix Res Publicae esse coeperunt, cum ipsis Religionis Christianae praeceptis

forenses delictorum et poenarum regulas accepisse audivimus, et in longinqua Asiae regna inter Boudhae et Bramae cultores institutiones translatas esse videmus, quas pro criminum quaestionibus populi Europae septentrionales invenerunt, Angli potissimum cum ipsa libertate civili excoluerunt. Nec hoc novarum legum criminalium desiderium a civium multitudine civitatisve ambitu pendere videtur, neque ex peculiari aliqua regiminis forma originem ducere; in imperiis enim late patentibus, ut in civitatibus admodum exiguis illud perspicuum est, earumque regionum in quibus hoc ipso saeculo Jus Criminale legibus reformatum et novos de maleficiorum poenis et criminum quaestionibus Codices vel jam sancitos, vel saltem rogatos esse cernimus, statum publicum diversissimum esse, vel levissima illarum legum enumeratione patebit.

Ne vero de iis Codicibus loquamur quibus olim in turbido Regno Haitensi Henricus Rex nominis sui gloriam illustrare studuit, neque de singularibus illis legibus, quibus nuper Res Publica Columbiae novum rerum ordinem praeparare tentavit, neque de novis institutis quae insula Selan Viri Humanissimi Johnston industriae debet, neque de Codice qui in insula Otaheite nuperrime scriptus esse dicitur, neque de iis quae ante aliquot annos ab illustri Demerarae praeside Henry ad summum Rei Colonicae administratorem relata atque Londini edita sunt, ad criminum quaestiones emendandas quae adhuc in illis terris ex Constitutione Criminali exercentur, quam quondam Philippus Secundus in

Belgio dedit, nec denique de iis quae eodem fere anno Olisipone proposuit causarum Patronus Pereira e Sousa ad corrigendam rem criminalem judiciariam, in qua ad hunc diem quaedam observant Lusitani, quibus ab ipsa Romanorum dominatione continuo usi esse videntur (3); ad eas potius civitates nos convertamus, quae vel humanitatis cultu vel situ locorum ad nos propius accedere videantur (4).

Ineunte hoc nostro saeculo primus Magnus Badarum Dux Carolus Fridericus antiquis legibus quibus Germania in criminum causis ab aetate Caroli Quinti usa erat, Edicto generali derogavit eodemque anno Austriae Imperator Franciscus omnibus suis provinciis novum et communem Juris Criminalis Codicem praescripsit, quo nuperrime cives quoque regni Lombardo-Veneti obligati sunt et soli ex illius imperii populis Hungari non tenentur. Mox etiam Borussorum Rex novum judiciorum criminalium ordinem sanxit, poenarumque Codicem sanciturus erat, cum regni sui calamitate ab hoc proposito avocaretur. Postea leges domesticas magis quam aliunde allatas in causis criminalibus Hollandiae Regnum accepit, postquam jam Rei Publicae Batavae Moderatores Codicum lineamenta duci, eaque quae a Viris ad hoc negotium convocatis ad doctrinae usum potius conscripta, quam ut legis vim obtinerent rogata videbantur, publici juris fieri jusserant. Eodem fere tempore in imperio Franco-Gallico post multas Juris Criminalis vicissitudines novi poenarum et criminum Codices scripti sunt, qui in omnibus quibus hodie regnum nostrum constat regionibus, simul legum vim obtinuerunt, et maxi-

mam partem adhuc apud nos servandi sunt, praeter singula quaedam juris Gallici praecepta atque instituta quae vel in omnibus regni partibus per leges et edicta singularia vel in provinciis ejus septentrionalibus per generale illud Edictum abrogata sunt, quod post finitam in iis terris Franco-Gallorum dominationem recuperatae libertatis laetatio suggessit et domesticarum institutionum resuscitatum desiderium.

Paulo ante hoc Edictum Batavis datum Jus Criminale in Bavaria quoque reformatum est. Postquam enim in Germania atque Franco-Gallia Viri Consultissimi pro illa terra legum criminalium Codices scribendi periculum fecerant, ille quem scripsit Clarissimus Feuerbach sanctionem regiam impetravit, et Maximiliani Josephi auspiciis promulgatus est celebratissimus ille Codex, quem anno insequenti fere integrum recepit in vicinia nostra Dux Oldenburgensis atque pro lege in Ducatu suo servari jussit. Nec non ad aliorum populorum jus aliquid momenti adtulit Codex Criminalis Bavariae, eumque omnium nostra aetate sancitorum absolutissimum nuper praedicare non dubitavit Jureconsultus Bavoux, cujus in Franco-Gallia non exiguum nomen est. Quot vero difficultatibus a novo hoc in Bavaria constituto jure implicata fuerit ipsa criminum actio, testes habemus Constitutiones Novellas quam plurimas, quae in illo Regno Codicis sanctioni successerunt, ad novum jus vel interpretandum vel corrigendum. Atque ipse adeo legumlator jam de toto Codice emendando cogitavit, aliumque confici jussit qui et prioris vitiis careret, et cum mutato Regni statu publico magis quadraret.

Cum autem haec in Bavaria agebantur, in Helvetia ubi adhuc plurimum antiqui mores valent, neque civium neque maleficiorum magna frequentia est, Res Publicae plures et optimatum et popularis formae, et in solo Italico et in Germanicis Gallicisque pagis constitutae, in his causis in quibus nunc versatur oratio nostra, scriptas leges vel habere coeperunt vel desiderare; paucorumque annorum spatio plures poenarum judiciorumque criminalium Codices apud gentes Alpinas sanciti atque promulgati, alii vero rogati tantum et in publicum noti facti sunt. Multae praeterea leges speciales latae atque perlatae sunt in quibusdam pagis, qui adhuc vel antiquis consuetudinibus vel Codicibus Franco-Gallicis utuntur, vel modo novos Codices impetraverant, quorum jam vitia emendanda esse videbantur. Magnam vero vim in novarum legum lationem et Jus Bavaricum et Jus Franco-Gallicum exercuit, nec non institutorum novorum quae in Anglia atque America Viri ingeniosi commendaverunt vel comprobavit experientia, periculum feceruut legumlatores Rei Publicae Genevensis. Plura quoque ad meum argumentum pertinentia ex Italia referre possem quae, cum iis Jus Criminale potius ad vetustatem reductum, quam correctum videatur atque innovatum, melius omittam. Memorandus tamen mihi est Codex poenarum, quem ad exemplum ejus qui in Italia Franco-Gallorum imperio introductus est, nonnullis autem ejusdem vitiis emendatis nuperrime sancivit Parmensis Ducatus Moderatrix, neque possum non, Spectatissimi Auditores, in memoriam vestram revocare, quae jam pridem in Regno Italiae, cum propriam illud legem

de criminum quaestionibus accepisset, summa cum industria ad Codicem poenarum sanciendum parata sunt atque in lucem edita. Cum ipsis enim legibus a Decemviris rogatis, et quae eos ad singula constituenda post sedulam deliberationem moverunt, et quae de eorum opere Magistratus, Procuratores et Jureconsulti cum ipsius Regni tum exterarum regionum observarunt, quae denique legumlatores ipsi ad has animadversiones respondenda habuerunt, simul publicata sunt. Neque tamen ad optatum exitum haec omnia perveneruut, cum paulo post summo Imperanti leges poenales Italiae cum Franco-Gallia communes esse placuerit. Quae vero, ut jam vidimus, tot populis diversis contigit Rei Criminalis reformatio, ea nec ab Hispaniae populo prorsus aliena manebat, novusque poenarum Codex nec a reliqua Europa ignoratus, nec legumlatorum consideratione indignus, a generalibus Regni Ordinibus citius sancitus quam Rei Publicae facies mutata et novus rerum ordo constitutus erat atque stabilitus.

Hoc autem legumlationis tentamen ipsaque Regni Comitia dissoluta sunt armis Franco-Gallorum, apud quos eodem fere tempore duorum Codicum quibus ii adhuc in maleficiis puniendis et criminum quaestionibus utuntur, utpote parum cum statu publico Regni convenientium lacunae atque vitia non solum a Jureconsultis res novas ardore juvenili concupiscentibus, sed adeo a Viris in diuturna rerum forensium exercitatione versatis demonstrabantur. Notissima sunt opera quae de hoc argumento Berenger, Bavoux, Dupin, Cottu, Carnot

et Legraverend scripserunt, et cum vel publice vel privatim non sine partium studio hinc et illinc leges novae diversissima ratione rogarentur, nonnullae perlatae sunt quae minime ex communi consensu originem ducere, aliae quarum rogationes omnium suffragia tulisse videntur. His Juris Criminalis vitia quaedam emendata, lacunae aliquae repletae sunt; multorum vero implenda manent vota, quibus favens quondam Regni Moderator in Angliam misit Virum Consultissimum, qui ea hujus regionis instituta examinaret, quae cum maxime populus Franco-Galliae desiderare videretur.

Neque vero propterea credendum est nihil in his rebus exoptandum esse Anglis, illudve quod omnium gentium esse diximus Jus Criminale reformandi studium, ad insulam Britanniae nondum pervenisse. Jam dudum enim de imperfecta illius juris ratione in publicis hujus Imperii Comitiis Clarissimi Oratores Romilly, Mackintosh aliique verba fecerunt, ejusque juris novis legibus corrigendi necessitatem nuperrime in operibus suis demonstrare studuerunt Scriptores Celeberrimi, neque solum ii, qui velut Bentham insolito ingenii acumine novam plane et Philosopham Juris Doctrinam creaverunt, verum etiam ii qui velut Miller ex continua causarum forensium actione solidiorem et experientia comprobatam Jurisprudentiam hauserunt. Neque communi huic desiderio eventus defuit, jamque Viri Illustrissimi Peel rogationibus id effectum est, ut dirae legum antiquarum poenae mollirentur, adeoque hoc ipso anno nova de judicio jura-

torum lex sanciretur, qua licet hujus instituti principia continuo servata non mutarentur, facile tamen periculosae innovationis suspicio excitari potuisset hominibus qui in eodem instituto firmissima fundamenta libertatis suae, aemulationisque Exterorum exemplum admirari consueverunt.

Et indicatis quidem his, quos ab initio hujus saeculi apud plurimos Europae populos in Rebus Criminalibus legumlatio habuit, progressibus, nec aliarum gentium conatus silentio praeterire licet, apud quas etsi Jus Criminale minus reformatum reperiatur, non minor erat legumlatorum cura in ea re conficienda, et non solum legibus specialibus id effectum est, ut singulorum delictorum poenae vel mollirentur vel asperarentur vel in earum ratione et mensura vel in criminum actione et probatione singula mutarentur (5), verum etiam generales de maleficiis puniendis et persequendis leges rogatae sunt (6). Quae vero a Jureconsultis ad hoc negotium delegatis ex summorum Imperantium mandatis adumbrata sunt atque composita, ea vel ipsa publica auctoritate in lucem edita atque omnium Eruditorum examini submissa sunt, vel ex Scriptorum Celeberrimorum cum quibus legumlatores eadem communicaverunt, operibus innotuerunt, vel partim tantum atque fortuito ad omnium notitiam perlata sunt, vel plane adhuc secreta in paucorum manibus versantur. Paulo post novum judiciorum criminalium ordinem in Borussia sancitum Daniae Rex Codicem poenarum et criminum pro Ducatu Holsatiae a Germano Jureconsulto Egger scriptum peculiari Edicto et magistratibus et cunctis

Viris eruditis examinandum proposuit, eodemque anno apud Hungaros, qui ut ab iis quae nostra aetate totam Europam agitaverunt remotissimi erant, ita eorum quae a Majoribus acceperunt tenacissimi sunt, novus Codex de delictis eorumque poenis prodiit, pro tribunalibus Regni regionumque eidem annexarum a popularium concilio rogatus, cui id munus a Regni Comitiis delatum, et hoc potissimum curae erat, ut antiquae leges poenales patriae mutatis moribus ac temporum vicissitudinibus accommodarentur. Pro vasto Russiae Imperio jam tres hoc saeculo Codices Criminales ex publico mandato scripti sunt, quorum duo operae Jureconsultorum Germanorum Globig et Jakob debentur, tertius a domestico concilio adumbratus atque a Senatu Imperii comprobatus nuper in publicum editus est. Similiter Russorum Autocrator novas leges generales pro causis criminum in regno Poloniae sanciri voluit, novique Codices Criminales eo consilio ut legum vim obtinerent, publica auctoritate pro Ducatibus Vimariensi et Badensi, atque pro Regnis Wirtembergi et Hannovriae nuperrime conscripti sunt. Egregie de recentissimis his legumlationis conatibus et de hodierna ejus in Germania conditione Clarissimus Mittermaier, inter scriptores Juris Criminalis Germanos nunc facile princeps, cum in aliis scriptis tum in peculiari ad hoc argumentum pertinente opere disputavit. Eidem Viro notitiam debemus Codicis Criminalis, quem pro Regno Saxoniae nuper composuit Vir Consultissimus Stübel, postquam jam duo alii Jureconsulti hoc saeculo ejusdem rei periculum fecerant, Rege humanissimo jubente.

Quem vero exitum habituri sint varii hi legumlatorum conatus, hoc non sine sollicitudine quadam in Germania exspectatur. Codicis tamen ejus, quem pro Magno Ducatu Badensi ante hos duos annos rogatum esse accepimus, perferendi consilium omisisse videtur legislator, ex quo Ordines Jureconsultorum duarum Academiarum in ea terra constitutarum, sententiam rogati illius Codicis scripturam improbaverunt. Ex eo tempore etiam ad tale opus conficiendum alia via ineunda esse putabatur. Interim novos legum Criminalium Codices quibus solis in posterum omnes causae criminales judicarentur, per civem summae existimationis Livingston Senatus Populusque Rei Publicae Luisianae confici jussit, eaque quae de operis sui consilio atque progressu in generalibus patriae suae Comitiis exposuit Vir ingeniosissimus, in Franco-Gallia quoque nuperrime opera Viri Consultissimi Taillandier publici juris facta sunt (7). Nec non aliae civitates Americae de Luisiana exemplum sumsisse videntur. Non solum enim jam a legumlatoribus quibusdam illius juris quod legibus constat, recognitio singulis viris mandata est, verum etiam de eo jure quod cum Anglis commune vocant Americani, in legum Codices redigendo cogitari coepit; licetque hujus rei utilitas inter Americanos ut inter Germanos atque Anglos in controversiam vocaretur, diversissimarum tamen sententiarum propugnatores de necessitate novi et generalis *poenarum* Codicis consentire videntur in pluribus Americae regionibus (8). Neque vero generalis ejusmodi Codicis periculum fieri praeter Rem Publicam Luisianae aliqua foederatarum civitatum jussit, neque mihi no-

tum est ullum exemplum Codicis privato consilio adumbrati.

Quae autem tali modo praeter Codices publica auctoritate scriptos in Europa nostra aetate proposita sunt, ea omnia recensere, longum est (9). Neque immorabor in repetendis iis desideriis quae in scriptis innumeris hoc saeculo apud plures populos patefacta sunt, ad ea instituta quibus potissimum in criminum causis res judiciaria Franco-Gallorum atque Anglorum excellere putabatur, in alias terras transferenda. Ea cujus jam mentionem fecimus, Viri Consultissimi Cottu in Angliam missio testimonium exhibet talis desiderii a Rei Publicae Moderatoribus non omnino neglecti, et eodem fere consilio nuper in Franco-Galliam et Regnum nostrum suscepta est peregrinatio a Viro Clarissimo Feuerbach, qui idem quondam pro Bavaria Codicem scripserat, cui emendando fortasse nunc collectae ab eo apud Exteros notitiae inservient (10). Diligentissime saltem hoc animo examinata videmus Exterorum instituta a Jureconsulto illo, legumlatore ejus populi, apud quem jam antehac plurima ad reformandum Jus Criminale facta esse videbantur. Alii quoque Jureconsulti in aliis civitatibus ad leges scribendas vocati ad gravissimum hoc opus se peregrinationibus praeparare studuerunt, et Viri Consultissimi ad leges reformandas in singulis Americae Rebus Publicis delegati hoc potissimum officii sui esse duxerunt, ut quae ad hunc finem adtingendum apud alios populos essent constituta, sedule examinarent. Jam vero hic insistendum est, et quid ipsi sentiamus de hoc saeculi nostri Jus Criminale reformandi stu-

dio, dicendum, ne narrationem potius explicare, quam orationem habere videamur.

Insignem autem hunc quem modo retulimus, legum criminalium hoc ipso saeculo vel publice rogatarum vel jam sancitarum numerum siquis computaverit cum numero earum legum, quas proprie civiles nostrae aetatis homines adpellant, fortasse quaeret, utrum poenarum Codicem et quaestionum criminalium Ordinem conficere tam facile opus sit et levis momenti, ut brevissimum tempus sufficiat ad illud perficiendum, an vero omnia quae poenis publicis in conjunctione civili digna et in cives criminum inquirendorum causa licita sint, novis legibus definire tam necessarium esse possit, ut in his rebus definiendis cunctari non liceat, si vel perfunctorie tantum iis prospiciatur? Qui tamen vel leviter tantum adtigerit innumera illa de Jure Criminali scripta, quae potissimum ab initio hujus saeculi apud Germanos, Franco-Gallos, Italos et Anglos, ne alios populos nominem, prodierunt, aut solum examinaverit, quomodo saepe Viri Consultissimi inter se disputaverint de justa singulorum delictorum animadversione vel de singulis quaestionum criminalium momentis, et, ut poenam noxiae parem aut aptissimam judiciorum exsecutionem invenirent, Artis Medicae praecepta et Juris Publici doctrinam in auxilium vocaverint, jam inde illius negotii gravitatem et difficultatem quandam suspicabitur. Qui amplius consideraverit, quam variae saepius poenae in idem plane maleficium statutae sint apud diversos populos, non tam quod eorum mores differant in dijudi-

canda hujus delicti gravitate, quam quod legumlatores eorum de vera maleficii in animo humano origine dissenserint, qui simul animadverterit, quemadmodum saepius in criminum judiciis ii quorum de culpa judicatio est, prout de singulis delicti momentis secundum hanc vel illam formulam ex iis quaeratur, ad pugnantia inter se responsa perduci possint, et vel summum accusati supplicium adferre vel plenam ejus impunitatem, is sane persuasum habebit, justum poenarum modum et consentaneum huic modo judiciorum ordinem constituere, rem esse nec facilem nec levis momenti.

Et quantum quidem ea res *difficultatis* habeat, ex ipsa legumlatorum quorumdam vel festinatione vel cunctatione satis superque intelligitur. Ex novis quibusdam poenarum et criminum Codicibus, qui a celeberrimis Jureconsultis adumbrati et peritissimis Rerum Publicarum Moderatoribus comprobati erant, in ipsa criminum actione et poenarum exsecutione tam gravia incommoda nata sunt, ut legumlator illos paulo post publicam eorum sanctionem per leges singulares corrigendos imo per novos legum Codices abrogandos esse censeret. Alibi legumlator quasi viribus suis minus confidens, cum Codicem Poenarum publica lege sanciret, magistratus omnes exhortatus est ad vitia illius indicanda quae forte in ipsa persecutione maleficiorum animadvertissent (11). In aliis civitatibus Viri recognoscendis legibus delegati Codicis Criminalis confectionem usque eo differendam esse censuerunt, dum similium experimentorum apud vicinos populos faciendorum exitus ad ipsorum notitiam pervenisset,

neque hoc opus adgrediendum esse duxerunt, antequam publica civitatis instituta ordinata essent ac privata civium jura definita (12). *Gravitatem* vero earum legum, in quibus non solum de civium patrimonio, verum etiam de eorum libertate, existimatione et vita agitur, quibusque potissimum tam singulorum salus quam Rei Publicae prosperitas servari debet atque firmari, gravitatem igitur harum legum quis est, Auditores, quin perspiciat? Quis infitietur earumdem legum sanctionem majorem legumlatoris curam desiderare, quam ut paucorum annorum spatio perfici illae possent atque absolvi?

Si itaque punitionis regulas et criminum ordinem legibus definire nec facile est nec levis momenti opus, quid causae erat, cur adeo festinarent in eo conficiendo aetatis nostrae homines, ut non solum quam plurimas leges singulares in causis criminalibus recens latas, verum etiam legum Codices apud plurimos populos hoc saeculo sancitos videamus, quibus id spectatum est, ut Juris Criminalis quasi absolutum et novum corpus constitueretur, illudque quod per plura saecula sive legibus sive moribus constitutum reperiebatur, penitus abrogaretur? Num forte necessitas aliqua ad hanc innovationem impulit legumlatores tam imperiosa, ut ne cogitare quidem liceret de hoc novae rei eventu, cujus metus adhuc quosdam populos ab eadem retinere videtur? Leviter talia examinanti, et vulgares quosdam sermones audienti proxima tot novarum legum causa fortasse in aucto maleficiorum numero quaerenda esse videbitur. Quae tamen de communi morum perversitate aetati nostrae

propria vulgo queruntur, ea crebrius sane quam verius dicta esse arbitror. Tum, si hoc ad novos Codices Criminales exarandos nostri temporis legumlatores impulisset, minus certe in iis ab antiquarum legum severitate recessum esset, quam revera factum esse animadvertimus. Neque quod subinde dicitur, ex quodam imperantium studio potestatem suam firmandi, crevisse illarum legum novarum numerum, adcurata rerum hodiernarum contemplatione confirmatur. Saepius enim Jus Criminale reformandi desiderium a populo esse profectum, diligentem temporis sui observatorem non fugit, et opinioni illi tum ipsa novarum legum indoles tum populorum pro quibus eas scriptas esse memoravimus, Res Publicae diversissimae adversantur. Ceterum duplicem, quam modo indicavimus, causam leges criminales alicujus aetatis insolito modo augere posse, historia Romana et Sullae Augustique tempora docent, Corneliaeque et Juliae leges. Quae vero nostra aetate in causis Criminum latae sunt leges, eas plurimas potissimum ex saeculi nostri in studiis humanitatis progressu originem ducere, arbitror, vicissimque eas humanitatis cultum aliquo modo inter aequales nostros promovisse, cum aliis praedicare non dubito.

Atrocissimas poenas plurimorum populorum Jura, et barbara veritatis inquirendae adminicula eorum judicia usque ad finem fere saeculi quod proxime abiit foedasse, res est ut verissima ita aequalium nostrorum dictis atque scriptis celebratissima. Auctis studiis humanitatis homines illa Juris Criminalis vitia magis in dies sentire debebant, et ubi pri-

mum Viri probitate et ingenio praestantes eloquentiae vi et gravitate illa designaverant, horumque Virorum praecepta quaedam publicam sanctionem impetraverant motu principum luce liberalitatis et sapientiae insignium, mox populi fere omnes avidissime expetere coeperunt, quae jam singulis concessa videbantur. Praecipua excitati hujus desiderii gloria tribuenda est Celeberrimo Italorum Scriptori Beccariae, notissimumque ejus de delictis atque poenis scriptum opus indubitate quam plurimum valuit ad Codicem illum scribendum, cujus sanctione Leopoldus Hetruriae Dux sapientissimi legumlatoris laudes apud omnes Europae populos sibi peperit (13). Et profecto a Beccaria ut doctrina Juris Criminalis magis philosopha ita legum Criminalium reformatio initium cepit, et videtur hoc administratorum Rerum Publicarum adtentione dignum esse, Hetruriam in qua post finitum Franco-Gallorum imperium Leopoldini Codicis praecepta permulta denuo introducta sunt, hodie inter omnes Italiae civitates Rei Publicae atque Privatae speciem florentissimam praebere (14). Neque solum assensu Leopoldi excepta sunt mitiora illa quae Beccaria tradiderat praecepta, sed etiam in iis legibus criminalibus, quae Germaniae Imperator Josephus in suis provinciis observari voluit, et in iis quas pro Franco-Gallia aestimatissimum Virorum prudentissimorum concilium sanxit, adeoque in iis quas versus finem saeculi superioris ab Episcopo pietatis laude claro praescriptas esse, jam narravimus, principia illa conspicua sunt, licet eadem in Italia et alibi et a Theologis opinionum praejudicatarum adparatu et a Jureconsultis cavillationum

forensium artificiis, nec non singula eorum praeceptorum a Philosophis summi nominis, inter quos Diderotum et Kantium adpellasse sufficiat, impugnarentur. Ceterum longe abest, ut omnia quae Philosophi Itali opusculo continentur, vel quae ejus auctoritate in Jure Criminali legibus innovata sunt, a me probentur. Nec omnia quae in hujus juris doctrina ab ea aetate profecta atque errata, vel a legum criminalium latoribus emendata sunt atque peccata, unice Viro illi Clarissimo adscribenda esse existimo. Multa quoque jam ante eum, adeoque jam inde a saeculo decimo sexto a Viris sagacitatis et Prudentiae Civilis laude praestantissimis, Thoma Moro, Bodino summoque Bacone, ut alios omittam, in Doctrinae Politicae incrementum et ita scripta erant, ut ex iis Juris Criminalis vitia quaedam emendari potuissent; duceque doctrina quorumdam horum Virorum tutius fortasse emendandi viam iniissent legumlatores, quam comite eo ardore, quem fervidi ingenii splendidissima elocutio excitavit. Exemplum insuper jam a longinquiori aevo praesto erat unius populi, qui continuo torturae quam vocant usum abhorrebat, et alia quaestionum criminalium vitia ignorabat, in quae tantopere invectus est Beccaria.

Imo jam saeculo decimo sexto ex ipsa hac nostra Academia adversus barbarum illud veritatis inquirendae adminiculum prima vox emissa est ab Hispano Ludovico Vives, quem in eruditionis laude Erasmi atque Budaei aemulum Jureconsulti quoque suum vindicant (15). Centum autem annis post a Joanne Grevio Cliviensi peculiare in Batavia

scriptum est opusculum ad diram hanc tormentorum consuetudinem e judiciis proscribendam. Utriusque viri doctrina et Angliae atque Arragoniae (16) exemplo aliisque argumentis historicis deinceps Vir non parvi apud Batavos nominis, Heemskerk usus est ad vitia quaedam Rei Criminalis designanda, licet ipse ut eruditissimus Juris Criminalis Romani scriptor Antonius Matthaeus de plena torturae abolitione dubitasse videatur. Incitatus tamen liberis horum Virorum disquisitionibus eodem fere tempore Daniel Jonktys librum singularem extra Bataviam parum notum edidit ad inhumanam illam institutionem impugnandam, eumque in laudabili hoc conatu secutus est Augustinus Nicolas, Franco-Gallus, qui cum ipse diu inter Batavos versaretur, ex scriptionibus sane apud eos publicatis doctrinae suae elementa hausit. Neque tamen praeter Celeberrimum Vives alium ille suae sententiae auctorem nominavit, et ipse Matthaeus Grevii, utpote Arminiani hominis nomen in sua de quaestionibus disputatione reticuit, quamobrem eum vituperavit Christianus Thomasius, cum in generali suo jurisprudentiam reformandi desiderio hoc quoque argumentum adtingeret (17).

Quantum hic Vir ad convertendam Juris Doctrinam in Germania contulerit, quantum ejus opera illae ut insulsissimae ita inhumanissimae sortilegii quaestiones minutae sint, inter omnes constat. Neque vero magnum illius de jure Disputationes ad mutandas leges Criminales momentum habuerunt, et in ipsa libera Batavorum Re Publica post edita ibidem plurima contra tormentorum usum scripta, fallax hic et fragilis in-

quirendorum maleficiorum modus usque ad finem saeculi quod proxime abiit, manebat (18). Necdum populorum animi ad Prudentiae Politicae saniores doctrinas excipiendas formati erant, nec pronae principum mentes ad Britaniae exemplum aliquod imitandum. Ea ipsa quae paulo post Thomasium a summi ingenii Viro Montesquieu scripta, et tam praeclara ratione exposita aptissima esse poterant ad Criminalium quoque legum vitia quaedam indicanda et omnibus persuadenda, cum ex aliis causis tum fortasse propter ipsam rerum a Viro Clarissimo tractatarum copiam nec legumlatores nec Jureconsultos ea aetate admodum moverunt, nec statim ad Jus Criminale reformandam eorum animos impulerunt. Nec ad ea quae ante Beccariae opus divulgatum eadem mente in Germania Hommel, publice et Principe Humanissimo praesente, monuerat ad rem Criminalem emendandam, magnopere animadversum est, quamobrem Vir ille segnitiae cujusdam accusavit populares suos, cum deinceps scriptoris Italici libellus inter eos notus et communi cum eorum tum aliorum populorum assensu exceptus esset (19). Ex his facile intelligitur, multum ad splendidissimum operis Beccariae successum contulisse hominum illius aetatis propensionem quandam ad cultum humanitatis, animorumque ad philosophas notiones concipiendas quasi praeparationem, qua re id effectum est, ut, quae Philosophorum sententia in persolvendo aliquo humanitatis officio versari videbatur, et facilem ad vitam civilem praebebat adplicationem, ea avidissime arriperetur ubi primum ejus argumenta et perspicue et eleganter proposita conspiciebantur; licet nec nova omnino

haec sententia esset, nec eloquentissimus ejus defensor ingenio superaret alios scriptores politicos aetate superiores. Et est hoc non solum in historia exemplum, quo quae ingenio parata et communi jam sensu excepta erant, eo quem ex rerum vitiis facto aliquo manifestis spiritum duxit eloquentiae vis, ad ardentissima hominum desideria accendebantur.

Facta quaedam et tristissima eventa Beccariae quoque dicendi vim praebuerunt et occasionem, utque ad ejus vocem audiendam jam aliorum ingenium pronam fecerat illam aetatem, ita etiam simultaneae fere aliorum Virorum voces, aeque judiciarii erroris exemplis incitatae, ad excitandum commune Rem Criminalem emendandi desiderium contribuerunt. Non possumus hic silentio praeterire Celeberrimum memoriae infelicis Calas defensorem Voltaire, nec impavidum oppugnatorem ejus quaestionis Criminalis, quam adhuc sub ipso Mariae Theresiae imperio per tormenta exercitam fastidiosae legibus additae imagines posteritati produnt. Sine Viri hujus Celeberrimi Sonnenfels laudabili conatu demonstrandi iniquitatem illorum tormentorum nec in Austria tam prompte Juris Criminalis reformatio profecisset (18).

Ceterum nato semel vitiosarum institutionum communi fastidio bona nonnunquam cum malis evertuntur, nec semper ratio eloquentiae vim moderatur. Hoc etiam subinde Beccariae objici potest, quin tamen propterea Celeberrimi Viri me-

rita minuantur. Indulgentiae enim quam rigoris excessu peccare satius est, illius vitia mox corrigit necessitas, hujus peccata per saecula protrahit consuetudo. Quae fuit tempore Beccariae Rei Criminalis conditio, ea fidem facit judicii nostri, et communis in criminum quaestionibus tormentorum usus praeter Virorum bene cordatorum sanissima consilia per saecula continuatus eamdem sententiam confirmat. Quae vero de necessitate diximus, nimiae indulgentiae promptissima emendatrice, eorum quoque veritatem legumlationis recentissima historia docet. Ad inveteratas opiniones exstirpandas insolita dicendi vi opus est, quae quin ea aliquo modo emendanda vitia exaggeret, nec consistere posse videtur, nec ulla ratione proficere. Vocatum autem divina providentia fuisse puto Beccariam ad tale munus explendum, et legumlatores quosdam etiamsi forte nimia ejus ad indulgentiam propensio a justa punitionum severitate abripuisset, necessitas tamen et eventus mox severiores esse coëgit. Sic vitiosa quaedam quae ei imputari possunt in legumlatione, correcta sunt, quod vero boni ille effecit, id experientia comprobatum manebit posteritati. Quae revera debentur Viro Clarissimo, ea plerumque minime perspecta habent ii, quorum cum maxime in ore ejus laudes versantur, et ab hominibus nunc viventibus sane melius intelligi possunt, quam ab iis qui ipsa ejus aetate de ejus meritis disputarunt. Quam ob rem, si plura de eo dixero, non vituperandus videbor, quasi in iis quae nota omnibus et a nostra aetate nimis remota sunt, diutius substitissem.

Primus itaque Beccaria poenarum et quaestionum crimi-

nalium inhumanitatem quae tunc temporis tam communis erat ex plurimorum populorum legibus, quam hodie inter homines bene cordatos earum rerum horror, ita omnibus quasi in conspectum dedit, ut de iis quae ubique jam sentiri coeperunt, nunc disserere sacrum humanitatis officium videretur, et non solum Viri Eruditi ubique de legum criminalium vitiis scriberent, sed etiam illiterati mitiores leges habendi desiderium quasi communi consensu exprimerent. Hinc eodem sensu commoti nec ulla alia necessitate coacti de mitiganda legum severitate principes plures cogitaverunt, et magistratus ipsi multis modis in criminum persecutione paullatim a duris legum antiquarum praeceptis recedere studuerunt. Hoc vero ipsum, quod postremo indicavimus haud temere quis praecipuam novarum legum criminalium causam fuisse existimaverit; nec equidem dubito, hinc necessario ortam esse illam de qua adhuc diximus, legum criminalium mutationem. Quod ut adcuratius nunc demonstrem, argumenti a me selecti ratio flagitare potissimum videtur.

Infitiari non possumus alicujus populi Jus Criminale non minus atque jus civile non legibus tantum sed moribus quoque constare posse, idque saepe tum in criminum actionibus tum in puniendis maleficiis locum habere. Quod siquis in dubium vellet vocare, cultissimorum populorum institutis maximorumque imperiorum exemplis omnem dubitationem removere non arduum foret. Neque solum ex iis quae veluti cunabula Juris apud populos diversos erant, primisve civitatum initiis illa exempla repeti possuut, verum

etiam culta cum maxime Re Publica subinde criminum judicia ex consuetudine exerceri, non ambigui juris est. Judicium juratorum quod pro summo libertatis civilis praesidio in Anglia haberi inter omnes constat, apud eos Juris Communis neque vero Juris Scripti institutum censetur, illudque apud Scotos quoque ex eo usque tempore cujus memoriam vetustas obliteravit, vi consuetudinis ordinarium in rebus criminalibus judicium esse dicitur. Apud Romanos libera Re Publica praeter quaestiones perpetuas legibus institutas, extraordinaria saltem ipsius populi judicia interdum more majorum exercebantur, et gravissima quaeque maleficia diversissimam habebant a jure ordinario *exsecutionem*. Quae vero de criminum actionibus modo diximus, ea in punitionibus quoque delictorum obtinere, neque ex legibus solum verum etiam ex moribus facta quaedam punienda censeri posse, eorumdem populorum exempla docent.

Videtur tamen hoc decrescentis libertatis civilis atque cultus humani signum esse, si legum sanctiones consuetudine asperantur, contra crescentis, ubi quae vel populorum vel principum jussis severiora sunt constituta ea usu molliuntur, et abrogantur.

Ignotae erant libera Romanorum Re Publica multiplices illae quaestiones, quae criminum extraordinariorum nomine Imperatorum tempore praeter judicia legibus instituta exercebantur, et in quibus facta permulta gravissimis poenis adficiebantur, in quae antea crimen intentari minime poterat.

Crimina vero illa extraordinaria, quae a publicis sive lege institutis judiciis adcuratissime adhuc in Pandectis distinguuntur, consuetudini originem debere, vix dubitandum est, eaque ab extraordinariis illis a populo libera sub Re Publica exercitis judiciis plurimum discrepasse, non est quod moneamus. Licet fortasse in his quoque interdum maleficia pro quorum animadversione nulla lex scripta erat, *punirentur* more majorum, hic mos tamen verius legem antiquam, cujus memoria exstincta erat, *retinuisse* quam legem *imitatus esse* videtur (21), et similiter apud Anglos, quae maleficia juris communis sive juris non scripti esse dicuntur, ea potius punitionem habere videntur ex aliqua lege cujus scriptura vetustate evanuit. Contra tempore Imperatorum Romanorum adversus plurima facta quae prius scelerosa non habebantur, loco deficientis actionis extraordinariam persecutionem introduci consuevisse indubitati juris est (22), et praeterea paullatim mos invaluit, accusationem aliquam legibus institutam intentare propter facta nec ex legum verbis nec ex earum sententia prohibita, quorum punitio tamen ad eamdem utilitatem tendere credebatur. Sic jurisdictione verius quam interpretatione suppletae sunt leges, et in ejusmodi casu crimen legitimum esse sive lege institutum, sed extra ordinem objici dicebatur, quod a crimine extraordinario paululum diversum communem tamen cum eo originem habuisse videtur. Primum quidem ad legis exemplum aliquid vindicare Senatus Consultis inductum esse arbitror, mox autem Imperatores ipsi similia neque vero ut legumlatores, sed vi imperii ad ipsos translati sive ex judiciaria sua potes-

tate jusserunt, quam ob rem ea non prius jus facere intelligebantur, quam saepius decreta quasi rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem obtinuissent. Insigne Imperialis jussus in assiduam jurisdictionem conversi et persecutionis propter hoc solum pro justa habitae exemplum in ipsa causa civili, utpote fideicommissorum, ex aetate Augusti habemus; quod autem ad criminum causas adtinet, adhuc Jureconsulto Paulo unius Imperatoris jussus sufficere non videbatur ad demonstrandum, jure crimen laesae Majestatis contra legis Juliae tenorem post rei mortem continuari. Hoc *saepius* factum esse post Divi Marci jussum docet Jureconsultus ad jus illud probandum, et Marcianus quoque eo jure Romanos post Marci Constitutionem *uti coepisse* refert (23). Sic, ut cum Imperatore Alexandro loquamur, et consuetudinem praecedentem et rationem quae consuetudinem suasit pro sententiae suae veritate adlegantes Jureconsulti Romani, iisdem fere verbis utebantur, quibus Jureconsulti Anglorum hodie sententiis praecedentibus inhaerere solent (24).

Per consuetudinem itaque Imperatorum aetate auctam esse legum poenalium severitatem, moribus et libertate civili decrescentibus, ex his quae modo diximus, satis manifestum esse arbitramur. Superest autem, ut quem exitum in rebus criminalibus crescente humanitate et libertate civili consuetudo habere soleat, paucis doceamus. In Britannia notissimum illud privilegium, quod clericale vocant Angli, consuetudine potissimum ad alias personas praeter ecclesias-

ticas extensum, eaque re legum poenalium severitas multum imminuta est. Hoc vero tunc obtinuit, cum post renatum Literarum Antiquarum studium et artis typographicae inventionem ad humanum civilemque cultum propius accederet aetas (25). Similiter exeunte saeculo superiori in pluribus Europae judiciis, philosophis notionibus magis divulgatis, duriores legum antiquarum punitiones multifariam ratiocinationibus elidi consueverunt, et in ipsa Britannia, ubi summa est legum veneratio, a juris scripti rigore magnopere nostra aetate per fictiones usu comprobatas recessum est.

Quae tamen ex saluberrimo fonte originem ducunt, ea non semper in decursu suo utilia sunt consociationi civili, et hinc saepissime ubi ad indulgentiam vergere coepit usus fori, ne ea res in vitium verteretur, novis legibus cavendum erat. Sic ex ipsis remediis, quae jam ad legum antiquarum vitia tacitus utentium consensus comparaverat, ad novas sanciendas obligatos se viderunt legumlatores, et vera nata est hujus sanctionis necessitas. Ut enim punitionum severitate paullatim per consuetudinem aucta patientius fertur unius dominatus, et mox gravissima supplicia jubentis solum arbitrium pro lege custoditur, cujus rei testimonium Imperii Romani exitus praebet, ita usus fori a legum severitate recedens id paullatim efficere potest, ut et publica morum disciplina prorsus dissolvatur et communis illa sponsio tollatur, quae ex coërcitione maleficiorum pro civitate in ipsa lege debet contineri. Nimirum irrita fit tali consuetudine legum animadversio, incerta punitionum irrogatio; et nihil

profecto est quod magis ad maleficia homines adliciat, quam ea spes impunitatis, quam incerta poenarum ratione concipiunt maleficorum animi.

Ex ipsa igitur natura potestatis animadvertendi in facinorosos quivis facile sibi persuadebit necessitatem novarum legum poenalium, etiamsi fortasse antiquarum jus consuetudine reperiatur aliqua ratione correctum. Prudentis tamen legumlatoris est hanc viam ingredi, quae ita consuetudine ipsi videtur demonstrata, et sic tutissime ille id efficiet ut leges quadrent cum eo quod communis, ut dicere solent, aetatis alicujus sensus postulare videtur. Hac, de qua modo disseruimus, necessitate coacti legumlatores Angliae jam a longinquiori aevo sanxerunt, ne cui graviorum facinorum reo ad beneficium clericale provocare liceret, et hac re licet vis consuetudinis aliquo modo publica sanctione agnosceretur, ne ea impunitatem provocaret, cautum est. Simili ratione commoti plures aliorum populorum moderatores ab initio hujus saeculi novas et mitiores leges sancire maluerunt quam committere, ut legum antiquarum vis rerum judicatarum auctoritate imminuta conspiceretur, siquidem nec id agere voluerunt ut illarum auctoritas plane restitueretur. Eadem denique necessitate cogente nuperrime in Anglia legum Criminalium legitima emendatio coepta est, et in recentissima omnium fere suffragiis comprobata lege studium aliquod legislatoris manifestum est, speciem prae se ferendi reformatoris eorum quae reformata jam communi omnium consensu existimabantur (26).

In universum dici posse videtur, magis in poenarum causis quam in alia ulla necessarias esse leges, et apud ipsos populos, qui continuo potius tacito omnium consensu quam expressis legumlatoris suffragiis jus fieri atque corrigi voluerunt, Leges Criminales plurimas sancitas adeoque subinde publica sanctione cautum esse reperimus, ne aliter ac ex legibus criminum quaestiones exercerentur.

Romani, apud quos summa erat Praetorum in jure emendando potestas, ita tamen ut ea quae ex annuis eorum legibus in assiduam jurisdictionem conversa, sive in eorum Edictis tralatitia facta erant, velut tacito utentium consensu constituta esse censerentur, dum stetit libertas, nunquam passi sunt, ut ex tali jure aliud quam pecuniae damnum poenae nomine irrogaretur. Atque illud quod vulgo dicitur, infamiae poenam Edictis Praetorum introductam esse, crebrius quam verius dici jam pridem in hac nostra Academia demonstratum est (27). Nihil aliud enim in hac re Praetores fecerunt quam ut in eos, qui ex communi hominum opinione *infamia* notabantur vel turpitudine sua notabiles existimabantur, atque propterea jam ex legibus multiplici *ignominia* adficiendi erant, hanc quoque ignominiae notam irrogarent, ut a postulando apud se eos variis modis prohiberent. Quot vero leges judiciorum publicorum durante libera Re Publica perlatae sint, omnibus notum est, et in ipsis iis quaestionibus quae interdum extra ordinem, illis legibus constitutum, haberi poterant, non semper ex *more majorum*, sed subinde etiam ex *veteribus legibus* quaerebatur (28). Si-

militer apud Anglos quorum civile jus fere totum adhuc non scriptum esse animadvertitur, scriptae leges in criminum causis hodie servandae plurium voluminum mole continentur.

Explicari autem haec Legum Criminalium multitudo, in historia plurimorum populorum conspicua, inprimis ex arctiori earum cum statu publico necessitudine potest, sive ex ea, quam illae leges cum ipsa regiminis forma habent, continentia. Hinc etiam mutato statu publico civitatis alicujus saepius oritur necessitas simul et judiciorum publicorum ordinem, adeoque puniendorum maleficiorum rationem mutandi. Tali enim rerum conversione nonnunquam id efficitur, ut quae prius facinora atrocissima visa sunt, ea nunc summae laudi ducantur, contra plura jam crimini tribuantur, quae antea pro laudabilibus sunt habita. Neque hoc quisquam infitiari poterit, ordinem quo criminum quaestiones apud aliquem populum exercentur, plurimum valere ad irritas faciendas vel corroborandas illas sanctiones, quae quasi pactione consociationis civilis propositae intelliguntur ad imperii fines circumscribendos. Hac ex causa etiam plurimi Antiquitatis populi de civium capite non minus solemniter judicari voluerunt, quam si cum populo de nova regulae generalis rogatione ageretur, et propterea non est mirandum, nostra aetate cum ipsa Rerum Publicarum conversione Jus Criminale plurium populorum mutatum esse.

Apud Romanos hoc non ita fuisse, diligentior quidem Rei Criminalis Romanae investigator inveniet. Nec enim cum

Romani Reges habere desinerent, nec cum eversa Re Publica unius nutu atque arbitrio omnia gubernarentur, statim ordo judiciorum publicorum alius esse coepit. Neque vero prorsus immutata est illis temporibus Res Publica. Nam exactis Regibus ad Consules tantum eorum potestas translata esse videbatur, et sub Imperatoribus diu manebat species aliqua libertatis, populi jura paullatim tantum evertebantur, nec confestim interiit antiquus judiciorum publicorum ordo, adeoque postquam omnia crimina Praefectus Urbi sibi vindicaverat, eadem adhuc ex legibus judiciorum publicorum exerceri videbantur.

Longe diverso modo nostra aetate Rerum Publicarum factae sunt inclinationes. Franco-Gallorum populus novum rerum ordinem et simul cum aliis gentibus Leges Criminales mitiores desiderare coepit versus finem saeculi superioris; mox Rei Publicae facie penitus mutata, mutata penitus Rei Criminalis conditio conspiciebatur, eoque minus hoc mirationem facere debet, quo magis pristina Juris Criminalis vitia, ut ex ipsis vitiis status publici aliqua ratione nata esse putabantur, ita praeter alia multa in causa fuisse videntur, ut violenta rerum conversio ipsa efficeretur. Similium causarum similem eventum nuperrime etiam in Hispania vidimus. In aliis Europae regionibus in quibus idem novarum Legum Criminalium desiderium licet non eadem novi status publici effrenata adpetentia suscitabatur, rerum similium timor forte ad Jus Criminale emendandum principes movit, saepius enim quae simul in aliquo loco animadvertuntur, ea in aliis quoque

conjunctionem habere creduntur atque communicationem, et novae rei concessione aliarum putatur exstingui desiderium.

Neque tamen omnes, qui nostra aetate publicae animadversionis et quaestionis criminalis nova praecepta sanxerunt Rerum Publicarum Moderatores, vel earumdem violenta conversio, vel conversionis timor ad hoc opus conficiendum impulit, sed plures, ut jam monuimus, vel humanitatis sensus impulit vel publicae disciplinae consideratio. Multae etiam hoc saeculo nostro novae civitates ex dissolutorum Imperiorum partibus constitutae, aliae Res Publicae auctae vel aliqua ratione mutatae sunt eventorum vi, ab interna ipsarum administratione prorsus aliena, homines hac rerum commutatione saepius ex diversissimis conjunctionibus civilibus in unius civitatis communionem conjecti, et diversissima in maleficiis puniendis atque persequendis jura in variis Regni perexigui partibus constituta reperiebantur, ex quorum simultanea observantia in periculum vocari Res Publica vel impediri ejus administratio vel aliud incommodum nasci videbatur, cui jam novis legibus communibus esset medendum. Universe moderatores omnium Rerum Publicarum quarum status recens ordinatus conspiciebatur, licet illae ad hunc statum nec eadem via nec iisdem momentis nec eodem consilio ac Franco-Gallia pervenerint, judiciorum ordinem quoque et poenarum rationem ipsius civitatis ordinationi accommodare studuerunt. Multum denique legum per dominationem peregrinam populis obtrusarum vel novitatis studio ab iis receptarum odium ad novarum sanctionem in ipsos populos vel principes valuit.

Diversissimas has rationes quae aetatem nostram ad Jus Criminale emendandum incitaverunt, variasque tot novarum legum poenalium causas qui attento animo examinaverit, is has leges potissimum vel ex naturali quadam animorum commotione vel ex civili ac politica necessitate ortas esse animadverterit. Hanc vero necessitatem tum ex ipsa juris puniendi natura et necessaria punitionum certitudine, tum ex peculiari Juris Criminalis cum populorum cultu et statu publico nexu demonstrare conati sumus. Utriusque progressum sequi prudentis legumlatoris officium esse videtur. Qui enim poenas ab humanitatis cultu populo alicui proprio abhorrentes et consuetudine longa improbatas aut invisum maleficiorum inquirendorum modum in judiciis retinere velit legumlator, is mala illa quae ex consuetudinis in Rebus Criminalibus progressu timenda superius designavimus, augeat certius quam minuat, mores corrumpat potius quam corrigat, sceleribus faveat magis quam occurrat, et publica facinorum animadversione domestica adaucti cultus commoda intervertat.

Neque minus is peccaret qui Leges Criminales vellet tueri a statu publico civitatis alienas. Cum enim inter omnia fere publica instituta proxime criminum exercitio eas necessitudines tangat quarum communis et publica sponsio facienda est in civitate, leges quibus cum maxime ea sponsio fieri solet quibusque quasi fundamentis tota Res Publica superstruitur, ea tantum ratione fiduciam inspirant civibus, qua leges criminum causas spectantes illarum adminicula ad-

parent et veluti firmamenta. Hinc optimarum institutionum politicarum sine consentanea iis criminum exsecutione mox minuitur veneratio, quaeque non civium communitate continuo bonum publicum existimatur Rei Publicae constitutio, ejus integritas casu magis quam suis ac propriis viribus conservari potest. Quivis praeterea status publicus novus, ut communi consensu collocatus ita novum bonum omnibus esse intelligi debet, ad quod civibus praestandum congruae et novae poenarum sanctiones non minus fiunt necessariae, quam si cives industria atque ingenio nova sibi et ignorata prius commoda domestica paraverint, vel novos aperuerint prosperitatis fontes.

Corrigi itaque legibus debet Jus Criminale crescente populi cultu, et cum ipso statu publico mutari; quae autem ex his momentis revera civitati necessaria sint atque salutaria, ea non nisi tranquilla deliberatione perspiciuntur, multumque in his ut in aliis rebus nimiae animorum commotiones nocent. Unius festinatarum ita Legum Criminalium exempli, ejusque quem impetus ille animorum exitum habuit, paucis jam fecimus mentionem; postquam enim ex lucido magis ingenio quam solida rerum forensium cognitione, et ex molliori benevolentiae sensu quam adcuratiori animi humani notitia nova suaserat Beccaria, multique scriptores qui ipsi ut intelligentia rerum ita animi integritate dispares, ejusdem humanitatis adfectatione eamdem gloriam adpetere coeperant, legumlatorum nonnullorum animi quoque accensi, eoque licet sincero ardore commoti sunt ad leges sanciendas, quae, cum

vel nimium maleficiis indulgerent, vel nimium popularibus studiis tribuerent, mox aliis erant corrigendae. Similiter cum in vicino nobis Hannovriae Regno post finitam Franco-Gallorum dominationem jus per eosdem in illis regionibus constitutum Rei Publicae administratorum offensionem excitasset, statimque aliud omnino jus eidem substitui jussum esset, paulo post ad leges plures Gallicas modo abrogatas nova sanctione revocandas legumlatores necessitas coëgit (29).

Et in aliis quoque civitatibus, ubi novis Codicibus scribendis non indignationis sensus aliquis, rerum eventu concitatus, sed sagacissima tum fundamenti omnis punitionis tum veri poenarum finis cognitio praefuisse videtur, juris novi non leviter constituti vitia innumera mox usus et experientia prodidit, indeque leges ipsae non sine consideratione recentissimorum doctrinae praeceptorum constitutae novarum legum necessitatem genuerunt. Ex his intelligitur, non minus quam splendida oratorum verba, lucida Philosophorum argumenta in errorem inducere legumlatores posse, neque rara sunt nostra aetate exempla ejusdem Metaphysicorum sententiae tam in popularis licentiae favorem quam in dominatus firmamentum detortae, tam ad defendendam impunitatem quam ad commendandam severitatem adcommodatae.

A nulla igitur alia re magis abstinendum prudenti Legum Criminalium latori esse existimo, quam a nimia festinatione, etiamsi jam vel auctus populi cultus, vel mutatus Rei Pu-

blicae status, vel facta infeliciter legum experimenta, vel praegressa legibus consuetudo juris constituti legitimam confirmationem vel emendationem necessitate quadam postulare videantur. Quo enim magis festinantur leges poenales, eo citius earum exsecutio novas quibus illae corrigantur, provocat; et cum ita hominum natura sit comparata, ut quae festinatione peccata animadvertuntur, ea festinantius emendandi nascatur desiderium, fieri facile potest, ut mala crescant cum ipso eorumdem reparandorum studio. Verum enim vero hoc licet timendum non sit, semper brevissimo tempore varias in eadem causa leges poenales proponere res ut invidiosa ita periculosa esse mihi videtur. Hac enim praeceptorum vicissitudine ea quae necessaria videri deberent populo, arbitraria eidem adparent et quasi ex eorum qui ea jusserunt morositate profecta, hinc legum ipsarum minuitur veneratio, quo quidem in criminum causis nihil potest excogitari perniciosius (30).

Augetur hoc quod modo significavimus periculum, ubi universi Juris Criminalis Codices Codicibus succedunt, necdum ita certum et exploratum, ut nulla amplius ejus rei dubitatio liceat, hoc esse existimo, num semper totius Codicis rogatione opus sit, etiamsi Jus Criminale legibus corrigendi necessitate reapse obligentur Rerum Publicarum Moderatores? In iis potissimum regionibus, ubi adhuc ex legibus antiquitate et indole diversissimis criminum judicia ordinanda et maleficiorum poenae irrogandae sunt, communiter praeter ea quae legumlatoris cura revera indigent,

multa reperiuntur illis legibus sancita, quae experientia comprobata sunt, et aliquo modo ipsa sua vetustate vim exercent in hominum animos. Quae omnia si simul reformare vellet legumlator, vel tantum in Codice cum iis quae consuetudo jam correxit, conciliare, ita ut cuncta nunc in artem redacta quasi ejus ingenio excogitata viderentur, num plures ille in judiciis controversias dirimeret an excitaret, foret dubium, nec exstinctam antiquitatis reverentiam novi systematis admiratio suppleret.

In ejusmodi rerum conditione melius legibus singularibus novum paullatim systema legitimum praeparari tutiusque Jus Criminale in singulis suis partibus reformari, equidem persuasum habeo. Sapienter hinc quondam Magnus Badarum Dux Edicto suo Constitutionis Criminalis Carolinae auctoritatem firmare studuit et simul iis obtemperare quae moribus humanioribus jam effecta vel saeculi cultu postulari videbantur, et prudentissime Britanni jam per singulas leges Juris sui Criminalis indigestam molem ad majorem simplicitatem pedetentim reducere coeperunt. Aliam viam inierunt legumlatores Franco-Gallorum, sed alia quoque apud eos momenta erant ad pristinum Jus Criminale mutandum, et quae eversa penitus ac violenter Re Publica necessitatem poterant habere, ea non sine periculo fortasse alios populos in eadem conditione non versantes impellerent ad imitationem.

Neque abs re erit paucis examinare, quemadmodum per

novos Codices in unitatem venerit Jus Criminale Franco-Gallorum aliorumque populorum, ut quae hujus unitatis sit utilitas, adcuratius intelligatur. Hoc vero inprimis summis laudibus solet celebrari, quod praeter poenas in singula quaevis maleficia irrogatas generalia quaedam punitionis praecepta in poenarum Codicibus proposita inveniuntur, sive regulae certae ad quas aequisime diversa judicia dirigantur, velut de delictis recidivis et de maleficiorum conatu, de noxia et excusatione, de dolo et culpa aliisque multis generali sanctione cavetur. Quamquam multum abest, ut harum regularum utilitatem in universum ambigam, illud tamen notatu dignum mihi videtur, tempore Rei Publicae liberae Romanos generalia ejusmodi praecepta ita esse adversatos, ut ipsum quaestionis ordinem cuivis delicto peculiarem constituere non dubitarent, peculiaremque accusationis persecutionem. Minime hoc perpetuo utile esse vel cum moribus nostris et hodiernarum civitatum statu publico admodum convenire dixerim; neque vero crescentis praeceptorum legitimorum perfectionis hoc signum erat, cum sub Imperatoribus paullatim quae peculiaria erant singulis judiciorum publicorum legibus, tamquam generalia ad omnes criminum quaestiones extenderentur. Neque magnopere laudare possum studium Jureconsultorum nostrae aetatis plurimorum, qui, cum Juris Criminalis Romani in quibusdam Europae regionibus praeter legum domesticarum jussa adhuc servandi systema exponerent, permulta quae non nisi singularia erant Romanis praecepta, pro perpetua regula haberi voluerunt, atque in hoc studio ipsos Jureconsultos Romanos quasi superaverunt.

Nec denique summam illam video quarundum regularum communiter pro omnium maleficiorum punitione in Codicibus hodiernis proditarum aequitatem.

Ut alia multa omittam exempla, non valde profectam esse Rem Criminalem quis praedicaverit eo quod de omnium criminum conatu commune praeceptum continent Codices. Quicunque examinaverit, quanta sit eorum quae tamquam crimina hodie puniri solent diversitas, nec solum facta quibus bona hominibus vel ab ipsa natura vel a conjunctione civili concessa aliorum dolo aut culpa iisdem adempta videntur, verum etiam facta permulta quibus non nisi in periculum vocata illa bona aliorum dolo culpave dici possunt, pro *consummatis* maleficiis haberi solere adeoque debere, aequo modo de omnium horum maleficiorum conatu puniendo quidquam statuere, nec aequum aestimabit nec justum. Siquidem, ut unam tantum Codicis Franco-Gallici sanctionem ad rem illustrandam adlegem, *consummatum* ex eo censendum est laesae Majestatis crimen, ubi primum commissum fuerit aut inchoatum aliquod factum, quo ad criminis illius perfectionem perveniretur (31); quousque in illius facinoris animadversione progrediendum foret, si de conatus modo descripti *conatu* amplius esset quaerendum, sicut legis scriptura hoc postulare videtur? Hae jam de uno, quod totum Jus Criminale in artem redactum commodum habere plerumque dicitur, dubitationes adlatae sufficiant. Iis autem quaedam subjungenda sunt de altera perfectae unitatis laude, quam Codicibus poenarum hodiernis et potissimum Franco-Gallicis cum alii multi, tum ipsi eorum rogatores tribuerunt.

Magnum sane tam in Codicis novissimi quam in illius qui eumdem praecessit simplicitate momentum est, si illud ad pristinam eam Juris Criminalis Franco-Gallici conditionem aestimamus, cum jus criminum atque poenarum ex Regum ordinationibus innumeris et diversissimarum consuetudinum constitutione in variis regni locis varia ratione exerceretur, et modo Romani modo Mosaici, modo Canonici modo Feudalis Juris praecepta quaedam in auxilium vocarentur, ubi de puniendis maleficiis agebatur. Neque vero hodie solis Codicibus poenarum et quaestionum Criminalium totum Jus Criminale Franco-Gallicum constat. Quam plurimas leges poenales singulares per Codicem poenarum non abrogatas esse, res est notissima. Neque quis ignorat et antiquitate et indole diversissimas ejusmodi leges in iisdem locis servandas esse, ne memoremus diversissimum variorum locorum Jus Criminale antiquius, cui pariter introducto in omnibus Codice poenarum Franco-Gallico non nisi derogatum est, ita ut adhuc tum ex hac tum ex aliis causis Juris Criminalis singularis diversa conditio in diversis regionibus conspicua sit, inter quas hodie imperii communio est, adeoque communes redditae sunt cum ipso fere Codice poenarum leges singulares plurimae quae antea non nisi in una earum regionum erant servandae (32). Ex his facile quisque suspicabitur, plurimas nasci debere ex jure illo singulari in judiciis criminalibus controversias, adeoque in civitatibus in quibus, velut in vicino nobis Regno Franco-Gallico, tanta est hominum dissensio, ex incerta legum singularium auctoritate gravissimas civium vexationes oriri, quotidiana expe-

rientia docet. Equidem non ignoro, quod Codicis poenarum rogatores quondam tanto applausu praedicaverunt, in causis poenalibus ut in privatis jus commune a jure singulari esse separandum, nec nisi illud in Codice poenarum conscribendum; et sic quid eo debeat contineri, quodammodo ex ipsa rerum repetendum esse natura. Verum enim vero ingenue fateor me non intelligere subtilissimam hanc rerum distinctionem, ex qua qui terminum moverit agrorum contra jus commune, qui vero in sylvis simile quid admiserit, contra jus peculiare peccasse videatur, nec perspectum habeo cur generali Codice contineri debeant quaedam, quae disciplinae municipalis levissimae offensae, saepe unius nummi tantum poena vindicantur, contra facinora gravissimis coërcenda poenis in singularibus legibus describantur, cur denique saltuaria delicta plurima alio tempore ac maleficia in rem ruralem commissa praescribantur?

Neque tamen ego is sum qui infitietur, poenarum causas nonnullas a communi et generali legum poenalium Codice esse excludendas, hoc vero ex longe alio fundamento esse constituendum puto, quam quo legumlatores Franco-Gallici suum Codicem superstruxerunt; et licet hoc quoque persuasum habeam, in pluribus regionibus quae Franco-Gallorum imperio subductae, adhuc eorum Codicibus et legibus Criminalibus utuntur, his aliquo modo derogandi necessitatem esse, quibus potissimum derogandum sit, aliquid dubitationis habere videtur. Nec, utrum quorundam maleficiorum punitio ex ordinatione antiqua Ludovici Decimi Quarti, an aliorum animad-

versio ex Codice poenarum Imperiali magis a hodierno populorum cultu et statu civitatum publico abhorreat, sine haesitatione in Codicis detrimentum statuendum esse existimo.

Hinc ubicunque Jus Criminale Franco-Gallicum novis legibus reformandum esse videbitur, et qualiscunque sit hujus reformationis necessitas, adeoque si ex sacratissimae legis observantia descendat ea obligatio, et novus plane Codex generalis necessarius esse existimetur, inprimis hoc agendum esse arbitror, ut antequam ad hoc opus conficiendum accedatur, generalis fiat omnium in ea regione adhuc servandarum legum Criminalium recognitio, qua quid retinendum sit aut corrigendum, quid in Codice communi comprehendendum aut legibus singularibus sanciendum, adcurate indicetur, quo major Juris Novi tum certitudo tum convenientia effici possit. Si his neglectis statim Codici generali alius ejusdem argumenti substitueretur, verendum esset, ne mox novi renasceretur desiderium. Sive enim novo illo Codice omnes leges Criminales antiquiores simul abrogarentur, sive singularium legum vis confirmaretur, hinc harum ipsarum et Juris Communis augeretur repugnantia, illinc innumerae brevissimo tempore lacunae sentirentur. Ceterum inter hanc, de qua modo diximus, totius Juris Criminalis recognitionem, quae vigentis adhuc Codicis poenarum praecepta vitiosissima viderentur et tam a statu Rei Publicae quam a populi cultu remotissima, ea ipsa singularibus legibus possent corrigi, multaque fieri ad novum rerum ordinem praeparandum. Diversa enim et corrigentis jus

et in artem illud redigentis munera esse possunt, quorum festinata conjunctione saepius sperata ex eo opere commoda intervertuntur.

Quod autem periculum ea res habet, si sancito nimis festinanter generali poenarum Codice mox novi sanciendi desiderium oriatur ac necessitas, id adcuratius jam supra indicavimus; talique periculo civitas eo quoque exponi potest, si quod multi nostra aetate legumlatores fecerunt, cum ipso poenarum Codice initium fit generalis legum omnium reformationis. Quis enim infitiabitur, leges poenales reliquarum non nisi sanctionem esse et quasi complementum? Quare ubi post illas jam in generali Codice propositas demum de aliis publicis institutionibus per leges emendandis et civilium jurium Codice conscribendo et ordinandis mercaturae necessitudinibus et aliis nova ratione constituendis cogitatum fuerit, ea omnia recens constituta consentanea legum poenalium tuitione, et quae jam latae sunt leges poenales, eae subinde quasi argumento carebunt. Si itaque omnem et publici et privati juris statum legibus emendandi consilium inierit legumlator, ne a criminum causis initium ducat, inprimis debet cavere. Quo circa non satis mirari possumus Augustissimi Regis nostri sapientiam, qui antequam ad Codicem novum poenarum et quaestionum Criminalium Ordinem sanciendum accederetur, id potissimum agendum esse existimavit, ut privata jura adcuratius definirentur, et subsidia, quibus populi progressus in humanitatis cultu augeretur, publica omnium institutione aucta, multiplicarentur. Simili

mente etiam nuperrime in quibusdam Americae civitatibus de legum reformatione cogitari coepit.

Non quidem ignoro, Auditores Honoratissimi, immodestiam, ne dicam temeritatem, jure mihi exprobratum iri, si ego homo alienigena et in rerum forensium actione parum versatus mihi sumerem tantum atque adrogarem, ut ad gravissimum legum Criminalium ferendarum negotium conficiendum quasi consilium darem prudentissimis Viris, eam ad rem in hac patria nostra delegatis. Neque est profecto illud meae hujus orationis consilium. Verum enim vero animo meo reputans innumeras quas saeculo nostro vicissitudines subiit Jus Criminale cultissimorum aetatis nostrae populorum, ex diligenti quod institui horum jurium studio et perspectis in pluribus civitatibus legum poenalium vi ac momento, naturali quadam animi effusione ad meam qualemcunque sententiam paucissimis verbis proferendam impellor.

Quod autem legumlatoris, qui in poenarum justo modo sistendo et in aequo criminum ordine constituendo aliqua ratione velit proficere, et leges has tam ad nostri saeculi cultum institutionesque, quam ad populi sui statum publicum atque privatum adcommodare, quod igitur hujus legislatoris praecipuum officium esse puto, eo maxime contineri mihi videtur, ut earum rerum continuam contemplationem ille cum diligentissima consideratione eorum conjungat, quae Juris Criminalis Doctrina apud cultiores populos praecipue ab initio

hujus saeculi suppeditavit. A Metaphysicorum enim abstrusis de jure puniendi disputationibus et persuasoriis oratorum elocutionibus, quibus licet prima solidioris Juris Criminalis Doctrinae fundamenta post diuturnam barbariem posita essent, non nihil tamen peccatum est, nostro demum saeculo ea doctrina ad utiliorem Juris Criminalis Constituti Historicam investigationem comparativamque judicationem avocata est, et cum saniori verae Doctrinae Politicae studio, cum adcuratiori mentis humani cognitione, cum diligentiori Medicinae Legalis exploratione conjuncta, quasi novam vim impetravit. Quantum vero in his studiis aetas nostra progressa sit quis est qui ignoret? Quis infitiari vellet, unam saltem harum disciplinarum nostro demum saeculo quasi ex infantia sua excessisse? Medicorum et Jureconsultorum Celeberrimorum ipsae controversiae nuperrime motae de ratione, qua in Codicibus excusationes proponi debeant, ex conditione intellectus vel voluntatis eorum qui maleficii accusantur repetendae (33), fidem faciunt continui Medicinae Legalis progressus, nec ulla alia res magis doctrinae vim in legum Criminalium successum demonstrat, quam quod ex communi Eruditorum ad diversissimas gentes pertinentium consensu meliores censeantur leges *poenales* eorum populorum, apud quos plurimum et Psychologiae et Medicinae Legalis studium profecit (34), *criminales* vero sive judiciariae eorum, apud quos summa animadvertitur Doctrinae Politicae perfectio, adeoque Historici Juris Studii celeberrimi cultores instituti sui rationem aliquam quaesiverunt (35).

VIII.

Ut vero non experientia sine doctrinae auxilio, ita nec doctrina sine subsidiis experientiae perfectum legumlatorem efficit. Neque solum ex continua rerum forensium domesticarum exercitatione verum etiam ex ipsa actionis criminum apud alios populos inspectione haec subsidia sunt repetenda. Praecipue ubi populi alicujus Politicae institutiones minus magisve inveniuntur ex imitatione eorum descendere, quae apud alium multorum saeculorum experientia comprobavit, illius legumlator, qui aptissimas eidem leges Criminales scribendi consilium inierit, nec earum institutionum adcuratissimum examen dedignabitur, quae apud alium populum status publici optima firmamenta existimantur. Voluntatis est, ait Romagnosi (36), Celeberrimus hodie inter Italos Juris Criminalis scriptor, haec vel illa semina spargere, quem vero sparsis his vel illis arbor inde nascitura fructum ferat, magis necessitatis. Nunc vero talis est hodie inter omnes cultiores populos necessitudo et talis civitatum nexus, ut Criminalium quoque legum lator non solum populi sui ingenio debeat consulere civilibusque necessitatibus, verum etiam aliqua Juris Gentium obligatione teneri videatur et illo vinculo, quod populos omnes ad communis et mutuae perfectionis studium adstringit. Quoque magis optare debemus, ne cives nostri apud Exteros delinquentes ex barbaris legibus judicentur, eo minus possumus nostras alienare a communi sensu saeculi nostri. Haec suadet humanitas, haec denique religionis cultus imperat, cui sapientissime prospicit Regis Augustissimi summa benevolentia!

Haec res ipsa me monere videtur, ut jam ad alteram officii mei hodierni partem me convertam. In narrandis vero iis quae superiori anno in Academia nostra laeta acciderunt, primum summo opere praedicanda est Augustissimi nostri Regis sapientia, qua iis quibus Academiam nostram illustrare benignissime voluit, prosperitatis publicae fontes adaugere decrevit, et ut a nobis inprimis quibus hoc beneficium contigit, Augustissimo Academiae nostrae Restitutori maximae grates habendae sunt, ita quivis homo cordatus qui novae Institutionis praestantiam sibi persuaserit, solicitas Patris Patriae curas gratissimo animo agnoscere debet. Non solum autem legibus iis de quibus, ut satis facerem antiquo mori, adhuc disserendum esse putavi, si prudenter eae condantur, innumera impedimenta amoventur quae ex mala hominum voluntate saluti Rei Publicae et civium objiciuntur, verum etiam iis institutis quae ad hominum mores emendandos spectant, finis ille adtingitur adeoque in ipsa sua origine maleficiorum causae praeciduntur. Quis vero infitiabitur, consequi hoc Rerum Publicarum Moderatores optime posse publica hominum institutione atque inprimis augenda eorum civium eruditione, qui plurimum in hominum animos valent et ad pietatem honestatemque inter eos servandam sunt destinati? Quo magis enim illi Philosophis notionibus instituti animi humani veram naturam intelligere didicerint, eo melius iidem cives a sceleribus avocandi facultate erunt instructi atque divini sui mandati officia implebunt. Plura de his dicere ab officio meo alienum est, satis vero dixisse videbor, si Collegii Philosophici hodie

auspicandi institutionem inter summa beneficia recensuero, quae et humanitati et huic Regno et huic civitati et huic Academiae contingere potuissent. Hanc Institutionem eodem quo Academiae regundae munus mihi obtigit anno factam gaudeo, Auditores Spectatissimi, vehementerque laetor, et hoc quoque mihi persuadeo, apud Posteros non minores laudes eamdem habituram esse, quam hodie tribuimus Institutioni ante quadringentos hos annos simili consilio huic ipsi civitati concessae a Principe Sapientissimo, quocum est Augustissimo Regi nostro Illustrissimae stirpis communio.

Laetandum amplius nobis est propter aliud Augustissimi Regis nostri consilium, quo summum Artium et Disciplinarum Moderatorem esse voluit Virum Illustrissimum Van Gobbelschroy. In hac urbe, Patre Clarissimo et Consultissimo, qui quondam Civilis Prudentiae praecepta summo cum successu in hac Academia tradidit multumque ejus gloriae adjecit, natus Vir Illustrissimus, ut nobis de collata hac in ipsum dignitate gloriandi causam suppeditat, ita summa omnia sperare facit pro Academiae nostrae splendore et Bonarum Artium prosperitate. Desideramus tamen Virum Illustrissimum De Coninck qui summam, cum Rebus Academicis praeesset, benevolentiam nobis significavit, nunc vero ad aliam Rerum Publicarum dirigendarum provinciam avocatus est.

Tu quoque, Vir Amplissime Walter, cui Rerum Institutionis Publicae in his terris curandarum munus nuper demandatum est, ipsa Tua praesentia me mones ad aliud

Regis Augustissimi beneficium celebrandum. Nota inter nos jam pridem est Tua in Publicis Rebus administrandis solertia atque felicitas, ut merito persuasum habeamus, Te non minus Rebus nostris gravissima adminicula esse paraturum, et quae exsistere possent prosperitatis impedimenta, providentia Tua et humanitate aversurum.

Aliam denique laetandi causam in aucto Collegarum numero conspicio. Vos inprimis saluto, Viri Clarissimi, novi Collegii Philosophici Professores Doctissimi, quorum studio ac eruditione juvenes delectissimi ad Ecclesiae munera dicati, ex Regis Augustissimi mente ad Sacra Theologiae Praecepta percipienda praeparandi atque Philosopha institutione officii sui gravitatem docendi sunt, Te, Sebere, qui jam in Academia Rhenana et Philosophiae et Theologiae praecepta communi applausu tradidisti, Te, De Greuve, quem ipsa Urbs Aeterna quondam ad gravissimi muneris sanctitatem consecravit, a quo jam ad instituendam juventutem accedis, Te, Winssingere, qui in ipsa hac Academia summos in jure honores summasque ob doctrinae praestantiam laudes adeptus es, quem ut adhuc amicissimum mihi comprobavi, ita Ordini nostro ex Regis Augustissimi mente adscriptum sincero animo laetor!

Praeter hos Viros, ad novae Institutionis gloriam sustinendam et quasi novi Ordinis communionem vocatos, alios in Academicae nostrae Doctrinae societatem adscitos gaudemus, et hunc quoque exoptatissimum accessum laetissimi

animi testificatione celebramus. Salutatus igitur sis mihi, Vir Clarissime Gloesener, qui post partam in Patria Rerum Physicarum et Mathematicarum scientiam eamque apud Exteros auctam, jam ad munus Professoris Extraordinarii implendum et ad onus tum Meritissimi tum Carissimi nobis Senis sublevandum arcessitus es, Tu quoque, Vir Doctissime Molitor, qui scripta De Minuta Existimatione Dissertatione Academica Eruditorum meruisti existimationem, et praestantissimus quondam hujus Academiae alumnus, jam in Ordine Jureconsultorum Lector inauguratus, faustissima quaeque pro Doctrinae progressu facis augurari!

Felicissimam praeterea praedicare debemus Academiam nostram, quae tot Virorum Doctorum incrementum nacta ne unius quidem Professoris fecit jacturam. Dolemus tamen morte nobis ereptum Ornatissimum Virum Van Boterdael, qui et custodiendae et ordinandae nostrae Bibliothecae Academicae optima animi voluntate per plures annos industriam suam dicavit. Ceterum librorum subsidiis hoc quoque anno eamdem Bibliothecam, et rebus cum pretiosissimis tum rarissimis ad Historiam Naturalem pertinentibus collectionem nostram auctam esse, nullius beneficii Regii immemores gratissima mente renuntiamus. Florentem vidimus in Caldariis nostris Musam Rubram, nunquam antea in his terris visam; neque solum florentis verum etiam pereuntis naturae miracula debeo referre, praecipue sceletum Delphini Globicipitis Scleropis Guianae in nostra Sceletotheca asservatum.

Quae vero jucundissima habeo Vobis, Auditores Spectatissimi, narranda, ea sunt quae in variarum Disciplinarum et Bonarum Artium studiis a juvenibus studiosis in Academia nostra profecta sunt. Non solum autem hoc anno praemia omnia certaminis Literarii in nostra Academia instituti, in alumnos nostros conferenda sunt, verum etiam in Academiae Ultrajectinae certamine Literario Juris in Academia nostra studiosus ab Ordine Jureconsultorum victor renuntiatus est, ut jam praeter unam Lugduno-Batavam Academiae hujus Regni omnes viderint victores Lovanienses. Et insuper Dissertationes plures in nostra Academia vel praemio ornatas vel ad obtinendum Doctoris gradum defensas in Eruditorum Celeberrimorum scriptis quibusdam in Gallia et Germania editis, summis laudibus memoratas et dijudicatas esse merito gloriamur. Hinc dicere non possum quantum pro me oblectationis habeat ea, ad quam nunc transeundum est, hodierni mei officii pars. Distribuenda sunt praemia, juvenibus praestantissimis decreta ab Ordinibus Jureconsultorum, Literatorum et Philosophorum, Mathematicorum et Physicorum. Ex Responsis ad Quaestionem Medicam oblatis nullum praemio dignum visum est Ordini Medicorum. Lectis vero a Viro Clarissimo qui Senatui Academico ab actis est, singulorum Ordinum judiciis et victorum nominibus renuntiatis, merita laudis testimonia non morabimur illis impertiri.

Accedas igitur, Ornatissime *Xaveri Lelièvre* Namurcensis, quem inter diligentes ingeniosissimum inter ingeniosos diligentissimum adpellaverim, et qui cum juvenili animi can-

dore atque modestia eruditionem conjungis et industriam viro dignam. Laudabili Tuo conatu Doctrinam de Maleficiorum Conatu ex ratione Philosopha et Juris populorum plurimorum comparativa judicatione explicandi, meruisti aureum hunc nummum, Augustissimi Regis liberalite concessum. Qualemcumque quondam in exercenda Jurisprudentia inieris viam, haec quae tanto successu coluisti studia, ad Patriae utilitatem poteris convertere, et Te his iisdem Tuam juventutem aluisse Te nunquam poenitebit.

Vos quoque, Ornatissimi Juvenes *Anne Gerarde Brouwer* Dordracensis et *Francisce Gustave Kennis* Antverpiensis, quibus secundos honores decrevit Ordo Jureconsultorum, arcesso, ut scripta haec laudis testimonia accipiatis, quae ex decreto Nobilissimi Ordinis publice Vobis ex animo trado. Utrumque Vestrum, nisi cum fortiori pugnatore certamen fuisset ineundum, praemio Regio dignum declarare non dubitasset Ordo, quamobrem nec dolebitis palmam Vobis a tali victore ereptam. Tibi potissimum, Francisce Gustave Kennis, laudi ea res est, cum jam primo juris studii anno ad difficillimum hoc certamen te accinxeris, et Tibi, Brouwere, Leidensis Academiae alumne, gratias habere debemus, quod juvenes nostros ad nobilissimam concertationem in illa quoque Academia ineundam quasi invitasti.

Ad te nunc me converto, Praenobilissime Juvenis *Frederice Comes a Bylandt*, Hagae-Comitane, quem propter eximiam scriptionem Historico-Geographicam, Patriae Anti-

quitati consecratam summo honore hujus diei ornandum judicavit Ordo Literatorum atque Philosophorum. Praesente Tuo Illustrissimo patre propter egregia in rebus bellicis merita insignibus condecorato graviori certamine partis, haec Academica insignia in Te confero, Regioque praemio, quod laudabilissimo conatu meruisti, Te condecorare eo magis laetor, cum ipsum Patris splendidissimum fastigium si velles aemulari, ea quorum caussa hodie praemio ornaris, studia Tibi utilia esse possent.

Nec minus laeto animo jam Te rogo, *Josephe Emanuel Gislene Roulez* Nivellensis, cui propter excellentissimum responsum ad alteram suam quaestionem exhibitum idem Ordo Literatorum et Philosophorum palmam dari voluit, placidioribus studiis obtentam, ut eamdem ex manibus meis excipias. Quod vero auget gloriam Tuam in Classicae Antiquitatis studio partam, hoc est, quod jam superiori anno propter commentationem de simili argumento scriptam praemium Gandavi reportasti, et praeter duos alios honoris competitorem quoque habuisti in hujus anni certamine juvenem ut eruditissimum ita modestissimum *Eugenium Deswert* Lovaniensem, cujus responsio ex Ordinis judicio admirabili prorsus diligentia elaborata praemium haud dubie reportasset, nisi esset a Te ereptum, quemque totum literis deditum secundis honoribus ornandum esse idem ille Ordo censuit. Accipe hinc, victor Josephe Emanuel Gislene Roulez, hunc aureum nummum, Tu vero, Eugeni Deswert, publicam hanc et scriptam Doctrinae Tuae testificationem.

Te victum esse non pigebit, si tecum animo reputaveris, hanc propriam sibi et quasi hereditariam Nivellenses gloriam vindicasse, ut excellerent in Vitis et Scriptis Veterum Philosophorum exponendis, adeoque quasdam ab iisdem in hac nostra Academia scriptas commentationes Philologorum magni nominis suffragia apud Exteros tulisse.

Qui denique ab Ordine Mathematicorum et Physicorum praemiis Regiis digni estis judicati, et cum diligentiae tum eruditionis laude condecorati, Juvenes Ornatissimi, accedatis ad jucundissima haec Academici Honoris insignia colligenda, Tu, *Eduarde Hayez* Bruxellensis, qui in Mathematica, et Tu, *Adolphe Gregoire* Gosseliensis, qui in Chymica Doctrina Praeceptorum non exiguam laudationem, et cum reliquis hoc die praemio ornatis juvenibus omnium Bonarum Artium fautorum existimationem vobis acquisivistis, sitis perpetuo memores hujus diei, partaque jam laudis testimonia ad alia acquirenda vos accendant!

Atque his peractis superest, ut Amplissimis hujus Academiae Curatoribus, qui hoc etiam anno paternam suam sollicitudinem nobis comprobaverunt, Collegis Suavissimis, qui nec consilio nec opera in sustinendo Rectoris munere mihi defuerunt, Studiosis hujus Academiae Civibus, Juvenibus Carissimis, qui et diligentia et honestate facillimum mihi et jucundissimum illud munus reddiderunt, publice grati animi sensum significem, et gestum a me honorem conferam in Clarissimum successorem Franciscum Josephum

Dumbeck, Ordinis Philosophorum et Literatorum Professorem Publicum Ordinarium. Te itaque Rectorem Magnificum in annum insequentem Augustissimi Regis Decreto jam designatum, fasces Tibi traditurus et sigillum, hic publice Rectorem renuntio atque proclamo, rogoque Te, Vir Magnifice, ut in hunc illustrem editumque locum escendas, quem collata jam in Te nova dignitas proprium sibi vindicat. Notissimo nobis Tuo ardore in omni re promovenda quam bonam nobilemque Tibi persuaseris, consociato cum prudentissima rerum consideratione quam Academiae nostrae cum nova Institutione necessitudo postulare videtur, faustissima quaeque pro illius splendore atque prosperitate licet exspectare. Nec parum splendoris ipsa illa conjunctione adjicitur muneri quod jam suscepisti, quoque magis Te ejus gravitate perfusum esse scio, eo minus possum me abstinere ab aperienda Tibi animi mei cogitatione, qua traducor ad suspicandum, auctas quoque ejusdem muneris esse difficultates. Quantaecunque vero illae sint futurae, eas omnes a Te iri superatum merito speramus, quamque ego ex magistratus mei gestione et amico in me Collegarum animo veram oblectationem percepi, eam multiplicem Tibi a Supremo Numine precor, cui ejusdem rei causa aeternas sincera mente grates habebo.

DIXI.

ADNOTATIONES.

Cum haec oratio quam ante hos duo et quod excurrit annos, publice dixi, nunc demum prelo subjici potuerit, iis quae ad singulas ejusdem propositiones vel illustrandas vel confirmandas jam adnotanda habui, ea quoque adjicere decrevi quae inde ab eo tempore vel adcuratiore adhibito judicio meliora comperissem, vel quae recens constituta naturalem continentiam habere viderentur cum orationis meae argumento. Tali modo generalem praeberi posse putavi praecipuarum legum Criminalium, nostro saeculo ad hunc usque diem vel perlatarum vel rogatarum conspectum. Quem quidem conspectum spero non solum facilius esse redditurum mearum sententiarum examen, verum etiam universe comparativam judicationem Juris Criminalis aliqua ratione adjuturum. A nemine enim, quod equidem sciam, legum Criminalium index aeque plenus exhibitus est, neque ille Codicum recentissime sancitorum conspectus quem in Themidis Gallicae vol. VIII. pag. 256 et sqq. nuper dedit Vir Clarissimus Blondeau, supervacaneum fecit hunc indicem nostrum, quod Lector Benevolus ex utriusque comparatione facile sibi persuadebit. Ceterum germanas Codicum atque legum Criminalium omnium inscriptiones ex ipsa eorum inspectione adcuratius proponendas esse putavi, passimque Eruditorum scripta indicare quibus adcuratior illorum notitia supeditaretur, utile mihi visum est. In quibusdam Codicibus, paucioribus tamen, referendis hoc adeo necessarium esse duxi, cum ipsa eorum exemplaria adhuc Bibliothecae meae deessent.

(1) Leges, quas versus finem saeculi superioris latas tamquam notatu dignissimas hoc loco memoravi, sunt sequentes: Nuova Legislazione Criminale, da osservarsi nella Toscana pubblicata in Firenze nel Dicembre dell' anno 1786 con varie note da Tommaso NANI, Milano 1803. Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung, und allgemeine Criminal-gerichtsordnung. Wien 1787 et 1788. 2 voll. Harum legum praecepta quaedam continet: Reglement provisionnel pour la procédure criminelle dans les Pays-Bas Autrichiens à Bruxelles 1787. 8vo.

Code pénal françois de 1790 et Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV. Utriusque legis exactissimam imitationem continent: Leggi organiche giudiziarie della Repubblica Cisalpina, Milano, anno VI. nr. 8. dei delitti e delle pene di cognizione dei tribunali Criminali, nr. 6. metodo di procedere nelle cause Criminali. Codici anni IV, qui non poenas delictorum sed judiciorum ordinem constituit, aliae leges judiciariae praecesserunt, ut notum est, praecipue lex anni 1791. qua judicium juratorum est institutum. In Batavia forma judiciorum Criminalium lege 10. Octobris anni 1798 ordinata et eodem anno tortura quam vocant abrogata est.

Allgemeines Landrecht der Preussischen Staaten. Theil II. Titel 20. Von den Verbrechen und deren Strafen, publizirt 1794, besonders abgedrukt Berlin 1817. —Entwurf einer neuen peinlichen Gesetzgebung für das Fürstenthum Bamberg verfasset von PFLAUM. Frankfurt und Leipzig 1793. Ex ipsa mente Episcopi Bambergensis huic Codici fundamento erat alius privato consilio compositus cui est titulus: Ausführlicher Entwurf zu einem Gesetzbuch in peinlichen und Strafsachen von QUISTORP. Rostock und Leipzig 1782. Constitutionem Criminalem vero ab Episcopo Bambergensi Georgio anno 1507 editam fere eamdem esse ac Constitutionem Carolinam postea pro Imperio sancitam, inter omnes constat. De veris harum legum fontibus hodie discrepantes sententiae propositae sunt. Cf. Neues Archiv des Criminalrechts vol. IX. pag. 44 et sqq. pag. 170 et sqq. et FREY observationes ad Juris Criminalis Teutonici praesertim Caroli V. Constitutionis Crim. historiam, Heidelbergae 1825.

(2) Crimineel Wetboek voor het koningrijk Holland met eene inleiding

en aanmerkingen, te Amsterdam 1809. pag. 50. Legum Criminalium in diversis Europae regionibus usque ad eam aetatem sancitarum aut rogatarum historiam Vir Clarissimus in illo opere uberius narravit, et quanti momenti ea res esset pro legumlatore, egregie docuit.

(3) De his qui plura velit cognoscere, conferat sequentia : Neues Archiv des Criminalrechts vol. II. pag. 393 et sqq. Ibi adcuratius exponuntur principia Codicis in insula Haiti anno 1812 promulgati atque inscripti *Code Henry*, in quo praeter alias leges comprehenduntur : la loi criminelle, correctionnelle et de police, la loi sur la procédure criminelle, de police correctionnelle et de simple police, et la loi pénale militaire. His legibus jam derogatum est novis Codicibus. Cf. Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving voor den jare 1826, uitgegeven door DEN TEX en VAN HALL, nr. 4. pag. 565. De legibus Columbiae conf. Code of Laws of the republic of Colombia vol. I. London 1823, et la Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste vol. I Liége 1826. pag. 265.

De judicii juratorum introductione in insula Selan plura habet : la Revue encyclopédique Tom. XXXI. pag. 5-15, et the Jurist or quarterly journal of jurisprudence and legislation nr. 1. March 1827. Hoc opus est primum ejus generis in Anglia editum, cujus editores, ut ipsi aiunt, a Themide Gallica, operibus similibus Germanorum, et duobus nuperrime in Belgio coeptis exemplum sumserunt. Idem ille primus fasciculus de jurisprudentiae progressibus in America notatu dignissimam dissertationem continet. — De legibus poenalibus insulae Otaheite nuperrime ex diariis Germanicis notitiam suppeditavit : de Recensent ook der Recensenten. Deel XX. nr. 2.

Cf. insuper : Report on the Criminal Law at Demarara and in the ceded dutch colonies, with an appendix on the nature of the office of fiscal by J. HENRY London 1819, et Plano de melhoramento do procésso criminal, por JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, in ejusdem : primeiras linhas sobre o procésso criminal Lisboa 1820. pag. 247 et sqq. — J. B. RIBEIRO ex mandato Academiae Doctrinarum Olisiponensis indicem chronologicum legum

Lusitanarum post Codicem Philippinum sancitarum edidit Olisipone 6. voll. 1805 -- 1820. Volumen ultimum continet Indicem legum Criminalium. Paulo post hoc opus editum novae leges Criminales anno 1822 in Lusitania latae sunt, quae vero vim suam non conservarunt. Denuo hoc anno 1828 die 7 Januarii nova lex ad emendandam Rem Criminalem rogata esse dicitur a Viro Cons. GUERREIRO, fortasse vero rogator hujus legis idem ille PEREIRA est, quem modo nominavi, et qui praeter laudatum opus aliud de Jure Criminali Lusitano scriptum edidit s. t. Classes dos Crimes, Lisboa 1816. Hoc et illud acquirere mihi contigit. Cf. Bijdragen l. l. p. 565.

Leges Criminales Brasilienses quasdam continet : Codigo Brasiliense. Rio de Janeiro 1811 - 1814, 2 voll. fol. et leges ab Anglis pro coloniis quondam Hispanicis scriptae nonnullae legi possunt in appendice sequentis operis : Institutes of the civil Law of Spain , translated from the Spanish by JOHNSTON, judge of criminal inquiry of the island of Trinidad. London 1825. Opus illud a J. HENRY editum quod modo memoravi, continet anglice redditam Ordinationem Philippi II inscriptam : op den styl van procedeeren in crimineele zaaken, quam cum alia ejusdem Regis : op 't stuk van de Crimineele Justicie, optime edidit adjectis adnotationibus B. VOORDA Leidae 1792.

(4) En titulos legum, quarum recensio hoc loco inchoatur : das Grossherzoglich Badische Strafedict von 1803 mit seinen Erlaütrungen und Zusaetzen herausgegeben von Rhenanus, Manheim 1823. — Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-übertretungen von 1803. 2te Auflage mit angehaengten neueren Vorschriften Wien 1825. 2. voll. 8vo — Allgemeines Criminalrecht für die Preussischen Staaten. Erster Theil, Criminal-Ordnung. Berlin 1806.

Stukken door de Commissie tot het ontwerpen van een algemeen burgerlijk en lijfstraffelijk Wetboek overgegeven aan het Staatsbewind der bataafsche Republiek, in den Haag 1804. Crimineel-Wetboek voor het Koningrijk Holland gepubliceerd volgens K. besluit van den 31 December 1808. Wetboek op de regterlijke instellingen en regtspleging in het Ko-

ningrijk Holland, derde boek, Regtspleging of Manier van procederen in criminele zaken, gepubliceerd volgens K. besluit van den 14 van hooimaand 1809, ter K. Staatsdrukkerij 1809. — Projet de Code criminel avec les observations des redacteurs, Paris 1804. Le Code d'instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810 avec les motifs et rapports, Paris 1810.

Ad Codicem Batavum anni 1808 pertinet opusculum editum sub titulo : Précis des délibérations et discussions du conseil d'état sur le Code criminel Amsterd. 1810, quod vero rarissimum est. Leges Criminales Belgicas novissimas collegit D'Henry in suo : Exposé des changemens opérés dans la législation pénale en Belgique depuis 1814 jusqu'à ce jour, Gand 1824. Hoc libro vero non continentur ea quae peculiaria sunt Regni nostri parti septentrionali, praecipue desideratur illud, de quo in oratione diximus, edictum 11 Decemb. anni 1813, inter omnia in Rebus Criminalibus pro regionibus Belgicis recens constituta notatu dignissimum, quod exstat in : Staatsblad der vereenigde Nederlanden, Deel I. nr. 10. Besluit houdende bepalingen ten aanzien van de lijfstraffelijke regts-oefening (35. art.)

In Bavaria prodierunt : Straf-gesetzbuch für das Kœnigreich Baiern, I. u. II. Theil München 1813, et simul ex publica auctoritate : *Anmerkungen* zum Strafgesetzbuch München 1813. 3. voll., ad exemplum eorum scripta, quae *exposé des motifs* in Franco-Gallia dicebantur, tum : Enwurf des Strafgesetzbuchs München 1822, et : Einige Motive zum Strafgesetzbuch von Gœnner München 1825. Ab his omnibus denique discrepans poenarum Codex nuperrime, ut accepimus, in Regni Comitiis publice rogatus est. Codicem anni 1813 praecesserunt : Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für die Kurpfalzbairischen Staaten von Kleinschrod, München 1802. Application de la théorie de la législation pénale ou Code de la sûreté publique et particulière, rédigé en projet pour les états de S. M. le Roi de Bavière, par Bexon. Paris 1807. fol. Entwurf eines Strafgesetzbuchs von Feuerbach München 1810. Codicis anni 1813 exactissimam imitationem exhibet : Strafgesetzbuch für die herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande Oldenburg 1814.

Leges Criminales aliae nostra aetate et in Bavaria et in Borussia singu-

latim promulgatae, collectae exstant in his libris : Sammlung der Erläuterungen und Rescripte über das Gesetzbuch für das Kœnigreich Baiern Nœrdlingen 1821. Ergænzungen des preussischen Strafrechts von STROMBECK neue Ausgabe Berlin 1827. Oldenburgensi quoque Codici jam legibus singulis in illa regione postea latis derogatum est.

Codices Criminales in Helvetia hoc saeculo sanciti sunt : Criminalgesetz des Kantons Aargau von 1804. — Kanton St. Gallisches Strafgesetzbuch über *Vergehen* und das rechtliche Verfahren bei denselben, angenommen im Jahr 1808. Kanton St. Gallisches Strafgesetzbuch über *Verbrechen* und das rechtliche Verfahren bei denselben, angenommen 1819, zusammen 2 Theile. — Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino, in Lugano 1816. Codice di procedura penale, in Lugano 1816. Leggi di riforma, in Lugano 1823. — Criminalgesetzbuch für den kanton Basel. Basel. 1821. Gesetz über die korrectionelle Gerichtsbarkeit für den Kanton Basel. Basel. 1824. — Kriminalstrafgesetz für die Stadt und Republik Luzern, Gesetz über den Kriminalrechtsgang, Polizey - Strafgesetz und Gesetz über das gerichtliche Verfahren, im V. Band der Gesetze, Luzern 1827. — Praeterea conferenda sunt : Entwurf eines Criminalgesetzbuches für den eidgenœssischen Stand Graubünden. Chur 1825. Vier Abhandlungen über Gegenstænde der Strafrechtswissenschaft veranlasst durch die Bearbeitung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den Kanton Zürich von ESCHER, Zürich 1822. — Leges singulares notatu dignae sunt : Bernisches Gesetz vom 22 Dec. 1823 zur Verhinderung betrügerischer und muthwilliger Bankerottirer. Entwurf eines Gesetzes über Kindermord, Bern 1823. — Loi pour le regime intérieur des prisons sanctionnée à Génève en 1825. De his videatur : Neues Archiv des Criminalrechts vol. VII. pag. 45, et pag. 707. vol. IX. pag. 217. Du système pénal par M. LUCAS, introduction pag. LXII. Criminalistische Beitræge vol. III. Hamburg 1827. pag. 70. La Gazette des tribunaux Nr. 518. Rogatam esse Codicis Basileensis emendationem in concilio ampliori hujus Rei Publicae mense Decembris 1827, nuper in diariis nunciatum est. Codicis Criminalis exemplum pro Re Publica Thurigiensi, 2 voll. anno 1823 editum laudat BAUER, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Gœttingen 1827. pag. 11, illud vero necdum parare mihi potui, nec usquam vidi.

Poenam capitalem in Re Publica Valesiensi nuperrime abolitam esse, nuntiaverat : La Gazette des tribunaux Nr. 762. Hoc vero revocatum est Nr. 778. — De aliis legibus Criminalibus quae in Rebus Publicis Genevensi et Valdensi parantur conf. Le Globe Tome VI. N. 15, article sur le projet de Code pénal du royaume des Pays-Bas. Revue encyclopédique vol. XXXI. pag. 851. vol. XXXVI. pag. 715 et 806. Bijdragen, tweede Deel. 1827. Nr. 3. pag. 544. Jaar 1826. N. 1. pag. 159. Annales de législation et de jurisprudence vol. II. Génève 1821. page 69. Mémoires sur la question : convient il d'introduire dans le Canton de Vaud l'institution du jury. Lausanne 1820. 2. voll. Judicium juratorum tamen a legumlatoribus hujus terrae nuper repudiatum esse audivi. De summo supplicio tollendo adhuc quaestio agitatur. Unus ex Viris qui ibidem accerrime poenae capitalis abolitionem rogaverunt, non dedignatus est sententiam suam praedicare confirmatam Dissertatione in hac nostra Academia defensa ab Ornatiss. Discipulo nostro Wiss anno 1825. Hinc Commentationem eam, Lausanni et Hamburgi, Heidelbergae et Gœttingae notam, atque publice in Pandectis Juris Crim. Halae Saxonicae et in Pandectis Historicis Clariss. Collegae De Reiffenberg laudatam, ignoratam fuisse a recentissimo poenae capitalis oppugnatore qui, cum in opere nuper Bruxellis edito plurimas ad hunc diem de ea poena apud nos et apud Exteros scriptas Commentationes recenseret, illam ne verbo quidem memoravit, miramur.

Codicem Criminalem a Franco-Gallico diversum Italia quondam habuit hunc : Codice di procedura penale pel regno d'Italia, Milano 1807, qui cum aliis in oratione mea nominatis, ad Codicem poenarum praeparandum scriptis, continetur in : Collezione dei travagli sul codice penale del regno d'Italia, Brescia 1807. 6. voll. In hac collectione etiam leguntur : Relievi alle osservazioni dei tribunali e regj procuratori sul progetto del Codice penale. Haec speciatim quoque prodierunt Mediolani 1806. fol. — Postea Codex poenarum Franco-Gallicus promulgatus est in Italia sub titulo : Codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia Milano 1810. Recentissimus Italiae Codex mihi notus est : Codice penale per gli stati di Parma Piacenza e Guastalla, Parma 1820. (536. art.) Eo Codice etiam multa abrogata sunt, quae antea ex legibus singularibus Franco-Gallicis aliisque servanda erant. — In Hispania 1821 prodiit : el proyecto de Codigo penal,

de quo scripsit BENTHAM in suis : letters to Count Toreno, London 1822. Codicis vero, sanciti atque promulgati 9 Julii 1822, argumentum exponitur in opere inscripto : Criminalistische Beitræge vol. I. Hamburg 1824. fascic. 1. 2 et 3.

Legum Criminalium in Franco-Gallia inde a Regno constituto perlatarum plurimas exhibet legum singularium omnium apud Franco-Gallos adhuc in causis criminalibus servandarum ut recentissima ita locupletissima collectio : Lois d'instruction criminelle et pénales par GARNIER DU BOURGNEUF ET CHANOINE Paris 1826. 3. voll. 8. Desunt tamen in hac collectione leges novae anno superiori de judicio juratorum et de re saltuaria perlatae. Illius notitiam optime praebet : Le manuel du juré par GUICHARD et J. J. DUBOCHET, à Paris 1827, hujus vero jam plures Commentarii prodierunt, e. g. Le Code forestier annoté par DE VAULX et J. FOELIX, à Paris 1827, 2. voll. Alias legum Criminalium Gallicarum collectiones confeceruut SAGNIER anno VII, RONDONNEAU anno XIII, BOURGUIGNON 1811, DUPIN 1821, et MARS 1821. — In insula Corsica, ubi nulla est juratorum judicatio, quaestiones Criminales peculiari modo exercentur, de quo nuperrime opusculum edidit PATORNI, de l'administration de la justice criminelle en Corse Paris 1828. Cf. etiam : Ordonnance coloniale de la Guadeloupe du 13 Janvier 1827, dans la Gazette des tribunaux Nr. 464. Regiae quoque Ordinationes nuperrime in Franco-Gallia de Re Criminali Coloniarum sancitae sunt, de quibus vide : Journal de la Belgique. 1827. Nr. 179. 1828. Nr. 43.

Leges Criminales Anglorum scriptae, quibus tamen non omne eorum Jus Criminale constituitur, collectae sunt in hoc opere : a Digest of Criminal-statute Law by TOMLINS London 1819. 2. voll. Multae tamen postea sancitae sunt, e. g. anno 1825 lex de judicio juratorum, quam in ipsa oratione memoravi, anno 1826 lex ad emendandam Justitiae Criminalis administrationem spectans, anno superiori lex ejusdem argumenti qua sublatum est beneficium clericale, et aliae quibus statuta poenalia quam plurima abrogata, vel variorum maleficiorum poenae melius definitae, vel diversarum legum praecepta conjuncta sunt. De his legibus confer. A treatise on the Law of juries by KENNEDY, London 1826. pag. 127. A supplement to all the

modern treatises on the Criminal Law by Carrington, London 1826. pag. 251. The Jurist. No. II. June 1827. pag. 305, et sqq. In hoc fasciculo pag. 190 etiam dissertatio de eo judicio juratorum legitur quod *grand jury* vocant Angli, et quod, cum apud nos a quibusdam desiderari videatur, ab Anglis permultis abrogandum esse censetur, ut ex lectione operis modo laudati et nuper ex confabulatione cum quibusdam causarum patronis Anglis audivi Parisiis. Adeoque scriptor illius dissertationis non dubitat contendere pag. 201 : « the mere abolition of the jurisdiction, possessed by grand juries in Criminal cases, *even without providing any substitute*, would be a decided improvement upon the present system ». Postea addit : « If, as M. Peel has suggested, a responsible public prosecutor were to be appointed in each district, the jurisdiction now possessed by grand juries might perhaps under some limitation, be entrusted to that officer ». Lecta hac scriptione nemo certe in eam sententiam discedet quam nuper cum Feuerbachio professus est Weiland, Bijdragen tot de wetenschap der strafregtspleging pag. 139. nro. 49. Betrachtungen über die Oeffentlichkeit uud Mündlichkeit der Gerechtigkeits-pflege II. pag. 431. Conferri insuper de hac re potest : the seventh report of the committee of the society for the improvement of prison discipline Lond. 1827. pag. 48, ubi Jus Scotorum ab Anglorum jure discrepans collaudatur. De legum poenalium recentissima reformatione in Anglia conferatur : J. R. Miller's history of Great Britain from the death of George II. to the coronation of George IV. London. 1826. chap. XLIV. pag. 387, ubi inter alia notatu dignissima haec leguntur : « The astonishing variety and apalling multitude of offences, more than two hundred in number, against which capital punishment was denounced by the statute-book, had long been reprobated by philonthropists, both foreign and native, as a national disgrace, and stigmatized, by philosophical lawyers, as a fruitful source of mischief. It was the certainty, they remarked, rather than the severity of punishment, which tended to deter offenders; and those penalties, which *the general feeling of society* condemned as incommensurate with offences, were the most *uncertain of being carried into effect.* » Cf. etiam : the seventh report of the committee of the society for the improvement of prison discipline pag. 1, et sqbs. — Vera igitur causa auctorum maleficiorum in

Anglia non est *ipsa poenae capitalis irrogatio*, sed *legum atque usus fori repugnantia* circa hanc poenam irrogandam, quod utrumqne communiter confundunt poenae capitalis accerrimi adversarii. Crimina de quorum punitione leges cum auctoritate rerum judicatarum *conveniunt*, quae igitur, velut homicidia, *certam* habent punitionem capitalem, rarius in Anglia quam in Franco-Gallia committuntur; neque sperandum est, poena capitali homicidarum abolita homicidia ipsa in Franco-Gallia rarius iri perpetratum! Recentissimas leges Angliae continet: A collection of the late statutes passed for the administration of the Criminal Justice in England by J. TIDD. PRATT. 2. edit. London Nov. 1827.

(5) Quasdam harum legum huc referre liceat: Criminal-gerichtsordnung für die Mecklenburg-Schwerinischen Lande vom 31 Januar 1817. — Organisations-edikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen des Koenigreichs Würtenberg, Stuttgardt. 1819. K. Würtenbergisches Edikt über die Strafgattungen und Strafanstalten vom 17 Jul. 1824. — K. Dænische Verordnung über die Bestrafung des dritten Diebstahls vom 18. Nov. 1823. Cf. Neues Archiv des Criminalrechts Vol. I. pag. 642 et sqq. Vol. VIII. pag. 41 et sqq. Criminalistische Beitræge Vol. I. fascic. 3.

Porro huc pertinent: Moto proprio della Santita di nostro signore Papa Pio VII. 6. Luglio 1816. Romae in 4. titolo III, organizzazione dei tribunali Criminali art. 76-101. Articulo 97 promissus est novus Codex Criminalis. Adhuc vero solum Codicem de ordine judiciorum civilium ex civitate Romana accepi, Criminalem quoque Codicem ibi jam sancitum esse refert RUSSELL history of the English Government. London 1823. pag. 247, nullam tamen hujus rei probationem suppeditavit. — Edit de S. M. le roi de Sardaigne du 27 Sept. 1822, portant une nouvelle organisation judiciaire. Hoc edictum ex scriptis Viri Clar. DAL Bozzo mihi notum, aliaque de conditione Juris Criminalis in hoc Regno memoravi in: Bibliothèque du J. et du P. vol. I. pag. 449. Legis Romanae modo laudatae adcuratiorem notitiam praebet: HITZIGS Zeitschrift für die Criminalrechtspflege Berlin 1827 Juli. August. pag. 441 sqq. In hujus operis fasciculo primo Berolini 1825 edito, pagina 231, etiam summarium exhibetur aliarum legum Criminalium. Praecipue vero conferri de hac re debet: Neues

Archiv des Criminalrechts vol. IV. nr. 7. vol. VI. nr. 1 et le Globe, Tome VI. nr. 15. Codicem Criminalem Neapolitanum ibi memoratum parare mihi nondum potui, ignoro etiam Codicem militarem in foederatis Americae civitatibus promulgatum.

Ceterum Codices Criminales militibus peculiares plures nostra aetate sanciti sunt, e. g. Militair Wetboek der vereenigde Nederlanden II Deelen in 's Gravenhage 1814 et 1815. Hic Codex sex leges continet de punitione criminum, disciplina militari et quaestione criminali, pro copiis terrestribus et maritimis latas, et hodie est omni Regno communis. Ad eum accessit: Provisionele Instructie voor het hoog militair geregtshof, in 's Gravenhage 1814. — Militærische Strafgesetze für die K. Würtembergischen Truppen, Stuttgart. 1818. Strafgesetze für die eidgenœssischen Truppen vom Jahr 1819. Grossherzoglich-Hessisches Militær Strafgesetzbuch, Darmstadt 1822. — De his et de legibus militaribus Hassiae electoralis quam dicunt et Bavariae disseruit etiam Mittermaier: Neues Archiv des Criminalrechts vol. V. pag. 50. vol. III. pag. 299. Novi poenarum Codices militares etiam in Franco-Gallia, et pro militibus Helvetis qui ibidem stipendia merentur, in Helvetia parantur. De iis vero legibus militaribus quae magnam partem adhuc vigent in Franco-Gallia, Le Graverend anno 1808, de legibus militaribus Austriae, praecipue de iis quae in provinciis administrationi militari obnoxiis servantur, Bergmaier Viennae 1821, de Jure Militari Borussico Rudloff Berolini 1826 scripserunt. De legibus militaribus Daniae conferatur: Paysens den danske militaire Criminalrets Grundsaetninger, Rendsborg 1819, novas leges militares Angliae exponit: the Jurist nr. II. pag. 169. In Lusitania quoque nuperrime legum militarium emendatio rogata est. Cf. Recueil de lois, concernant la justice militaire, Metz 1811, et quaedam de hodierna conditione Juris Militar. Gallici, Gazette des Trib. nr. 457, 479, 774, 776, 778. Lex Romana quam in hac, et lex Anglica de judicio juratorum quam in superiori nota memoravi, gallice redditae Parisiis prodierunt annis 1816 et 1827. Nec hoc silentio praetereundum esse putavi.

(6) Adjiciendi denique sunt tituli eorum Codicum Criminalium, quos in variis Europae partibus rogatos esse, in sequenti orationis meae parte

narravi : Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für die Herzogthümer Schleswig und Holstein von EGGERS, nebst einer K. dænischen Verordnung vom 12 Sept. 1808, Kiel. 1808. — Codex de delictis eorumque poenis pro tribunalibus regni Hungariae partiumque eidem adnexarum per regnicolarem juridicam deputationem elaboratus, Pestini 1807. fol. — System einer vollstændigen Gesetzgebung für die K. Russische Gesetz-Commission, von GLOBIG. Erster Theil, Criminal-Codex, Dresden 1815. Entwurf eines Criminal-Gesetzbuchs für das Russische Reich von L. H. VON JAKOB, Halle 1818. Criminal-Codex für das Russische Reich von der K. Gesetzgebungs-Commission entworfen, und nach erfolgter Genehmigung der gesetzgebenden Abtheilung des Reichsraths zum Druck befœrdert. Halle 1818. Germanice redditus est hic Codex a filio ejus qui confecit priorem, et ex ipso legislatoris mandato. In opere patris etiam Juris Criminalis Russorum adhuc constituti praecepta passim explicantur.

Porro conf. Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für das Kœnigreich Sachsen, auf allerhœchsten Befehl gefertigt von TITTMANN, II Theile, nebst den Beweggründem, und einem Gesetz über schwere Polizey-vergehen Meissen 1813. ERHARD's Entwurf eines Gesetzbuchs über Verbrechen und Strafen für die zum Kœnigreich Sachsen gehœrigen Staaten, Leipzig 1816. De recentissimo Codice Criminali Saxonico a Viro Cl. STUEBEL confecto, de eo quem pro regno Wirtembergi confecit WEBER, de Codice novissimo Vismariensi, de eo quem pro Bavaria composuit GOENNER, de eo quem pro Hannovria scripsit BAUER, de Codicibus pro Russia rogatis, et de iis qui ad rem Criminalem emendandam in Hassia et Hamburgi parantur, adcuratissimam notitiam praebent dissertationes plurimae, maximam partem MITTERMAIERO debitae, im neuen Archiv des Criminalrechts vol. IV. nr. 7. vol. VI. nr. 1. jam laudati, tum vol. III. nr. 3. vol. VI. nr. 8. nr. 15. nr. 16. nr. 17. nr. 24. Cf. vol. IV. nr. 4 et nr. 17. vol. VIII. nr. 8. vol. IX. nr. 1, et ejusdem MITTERMAIERI Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Hannover, Heidelberg 1824, et : Ueber den neusten Zustand der Criminal-Gesetzgebung in Deutschland, Heidelberg 1825. Adjectae sunt huic libro ipsius JCti STUEBEL animadversiones ad Codicem ab ipso pro Saxonia compositum. — In opere : Beitræge zur Criminalgesetzgebung von E. HENKE, Regensburg 1813, reliqui Codices Criminales

in Germania ab initio hujus saeculi vel sanciti vel rogati inter se conferuntur.

Codex Criminalis pro regno Hannovriae scriptus ipse nuper in publicum editus est s. t. Entwurf des Strafgesetzbuchs für das Kœnigreich Hannover mit Anmerkungen von BAUER, Gœttingen 1826. Typis etiam tradita est Codicis Criminalis scriptura pro Ducatu Badensi proposita anno 1822, cujus pars prior inscribitur: Von den Verbrechen und deren Betrafung, altera vero: Von dem rechtlichen Verfahren bei der Strafgerechtigkeitspflege. Hunc vero Codicem nec praeceptorum aequitate, nec verborum perspicuitate commendandum improbarunt Jureconsulti Celeberrimi. Postea Vir Cl. ZACHARIAE, qui adhuc ad leges pro Ducatu Badensi scribendas delegatus erat, publici juris fecit Codicem poenarum, jam in Regno nostro et in Franco-Gallia quoque notum. Cf. Revue Encyclopédique vol. XXX. pag. 412. Bijdragen, tweede Deel. 1827. N. 4. pag. 661. Tandem a Viris nuperrime ad hoc negotium convocatis, inter quos etiam MITTERMAIER est, ante hos tres menses fundamenta posita sunt novi Ordinis Judiciorum Criminalium.

Codex Criminalis anno 1820 in Comitiis Poloniae peroratus atque repudiatus, ut refert Vir Clar. BLONDEAU, in Themidis vol. VIII. pag. 258, mihi incognitus est. Neque quid adcuratius indicare possum de iis quae ad Rem Criminalem emendandam in Suecia parantur, ut docet: Le Globe, l.l.

(7) Notissimae sunt Viri Clarissimi LIVINGSTON rogationes, et opus a Viro Consultissimo TAILLANDIER in Franco-Gallia editum: Rapport sur le projet d'un Code pénal fait à l'assemblée générale de l'état de la Louisiane, à Paris 1825. Minus cognita Jureconsultis sunt sequentia, quae primum Parisiis, ab Humanissimo Viro TAILLANDIER mecum communicata, examinavi, et domum redux ipse ex Anglia accepi: System of penal Law prepared for the State of Louisiana, part 1. or Code of offences and punishments, New Orleans 1824, part 2. or Code of procedure for giving effect to the penal Code, New Orleans 1825, part 3. or Code of reform and prison discipline, New Orleans 1826. 3. voll. fol. Exspectatur adhuc: Code of evidence applicable as well to civil as to criminal Cases. Praeterea nuper

prodiit : Introductory report to the Code of prison discipline by Edward LIVINGSTON. 2. edit. London 1827. Codicis ipsius de Carcerum disciplina scripti editio nova promissa est ab editore Anglo operis ultimo loco laudati, et Vir Clariss. LUCAS se eumdem Codicem gallice redditurum esse pollicitus est. Gazette des tribunaux Nr. 685.

(8) Quaedam huc pertinentia itidem a V. C. TAILLANDIER mecum communicata sunt, scilicet : Report from the Commissioners appointed to revise the statute Laws of the state of New-York, Albany 1826, et : Notices of the original and successive efforts to improve the discipline of the prison at Philadelphia, and to reform the Criminal Code of Pennsylvania, with a few observations on the penitentiary system by Robert VAUX, Philadelphia 1826.

In illo opusculo legitur pag. 21, et sqbs. « By a resolution of the senate passed in April last a bill entitled an act for punishment of certain crimes above the degree of petit larceny was referred to us. The defects of our Criminal Code were also adverted to by the governor in his message to the legislature. The remarks of his Excellency as well as the Committee of the senate, evidently contemplate the formation of a new and complete Code of penal Law adapted to the genius of our government and the enlightned policy of the age. We are not insensible of the force of considerations, by which the measure is recommended. The defects of our Criminal Laws, as well in the classification and definition of crimes, as in the arbitrary nature of the discretion, to which their punishment is intrusted, have long been directed to the subject, but we are convinced, that an innovation of such magnitude as the formation of a new system in this or any other branch of the Law, was not in the contemplation of the legislature, by whom we were appointed. And although we would not shrink from the labors and difficulties of the task, if sufficient time were allowed for its completion, we do not feel anthorised to assume the responsability of its execution, until the intentions of the legislature shall have been more distinctly expressed. — The practicability and advantages of reducing the common Law of England to a written Code have recently been maintaind in that Country

by several able writers. In this Country also similar opinions have been advanced by some of our ablest jurists, and we think those opinions are gradually gaining ground in both Countries. On the other hand a majority of the legal profession in each is averse to the scheme. The arguments on both sides have been so fully exhibited in the great literary journals of the age and in various contemporary publications, that we do not think it useful, to engage in the discussion. »

In altero vero opusculo dicitur pag. 55 : « a thorough revision of the Criminal Law is indispensably necessary. » In alia ejusmodi scriptione edita a POWERS, a brief Account of the New York state prison at Auburn, ibid. 1826 pag. 36, et sqbs. continetur *a Compend of Statute Criminal Laws*. Juris Criminalis Americani cum Jure Anglico comparationem vero in peculiari opere nuper instituit John Milton GOODENOW, Stubenville 1819, *s. t. historical Sketches of the principles of american jurisprudence on the subject of Crimes.*

Praeterea conferatur : Report from the Committee appointed to revise the Criminal Code of the Commonwealth of Massachusetts, and to collate the several Laws for the punishment of Crimes into one act, by a resolve of the legislature, passed 13th. Febru. 1818. Legitur haec relatio, 20 Januarii anni 1819 facta, in ROSCOES additional observations on penal jurisprudence, Lond. 1823, in appendice pag. 64. — Multa in ea relatione notatu dignissima sunt. Pag. 65 dicitur : « Most of the statutes now in force, were enacted as late as the year 1805, under the advice of a committee of the legislature, of which the late chief justice SEWELL was one, and it is well known, that much labour and research was bestowed upon the subject by that eminent and humane judge. » His vero legibus capitalis poena irrogata est in perduelles, homicidas, raptores, incendiarios, effractores et carcerum custodes qui capitalis criminis accusato dolo effugium dederint. Nihilominus de iisdem legibus Viri ad eas reformandas anno 1819 vocati in laudata relatione dixerunt : « *The experience of fifteen years has proved the wisdom and usefulness of the system adopted in* 1805 » et loquentes de criminibus illis capitalibus censuerunt : « *that neither the legislature nor the public wish or expect any change in the punishment of*

these crimes. » Imo adeo poenam capitalem latronum anno 1805 abrogatam, restitui voluerunt ex distinctione aliqua jam ratione effractorum adoptata, de qua contenderunt: « *that experience has proved its utility.* » Ceterum leges anno 1805 sancitas parum mutari voluerunt illi Viri, adeoque omnium legum Criminalium collationem in uno Codice dissuaserunt.

Porro in opere JCti ROSCOE legi possunt plurimae epistolae a Viris gravissimis ex diversis civitatibus Americanis missae ad Viros, in civitate Newyork consociatos ad eum finem, ut occurreretur paupertati, ex quibus epistolis patet, id quod *penitentiary system* hodie vocant, in *nulla fere* civitatum foederatarum civium *exspectationem explevisse;* adeoque in alia relatione quae in operis JCti ROSCOE appendice continetur s. t. report of the committee to examine the public jail and penitentiary in Virginia, pag. 102, dicitur : *crimes continue to increase with a greater ratio than the increase of population,* quare etiam auctoribus illius relationis visum est : *that it is indispensable, that the committee for Courts of Justice be instructed to revise the bill passed the 6th of March* 1819. Haec lex erat : an act to reduce into one act the several acts for establishing the *penitentiary house* and for the *punishment of crimes.* De legibus Criminalibus vero, in Virginia usque ad annum 1819 latis, conferatur : The revised Code of Virginia, Richmond 1819. Vol. I. pag. 551. cap. 137-173.

In alia relatione : on the penitentiary system of Pennsylvania, 27. Jan. 1821, in operis Angli ROSCOE appendice pag. prima dicitur : « *the actual condition of the penitentiary in Philadelphia is of such a nature, as to demand the immediate attention of the legislature,* » and to excite the regret of all who are actuated by a regard for the temporal as well as eternal welfare of those, who are immured its walls. » Dicit quidem ROSCOE pag. 109 : « *that the penitentiary system has for a long course of years past been virtually abandoned in Pennsylvania;* » sed moti esse videntur legumlatores ad hoc faciendum malo eventu ejus systematis quod antea prosecuti sunt; et similiter censuerunt legumlatores alius civitatis Americanae : « *that the system of reformation can never to any considerable degree be realized, and that is become necessary to render the state prison in future a place of terror and punishment,* » ut docet : the report of the committee of the Commonwealth of Massachusetts, Jan. 1818, in opere JCti ROSCOE pag. 110.

Pessimum vero eventum celebratissima illa disciplina carcerum Americanorum in civitate New York habuit. Jam anno 1820 relatum est a Viris ad carceres investigandos delegatis : « *penitentiary punishments have entirely failed of producing the results, originally anticipated from them.* » Haec leguntur in relatione postea facta quam inscriptam : report of the committee on the Criminal Law laid before the New York senate, ROSCOE recepit in appendice operis sui pag. 37 et sqbs. Quae vero ipsi hujus relationis auctores senserunt, eorum pauca hic referre liceat : « Upon the whole view of our state prison as hitherto conducted, your committee are compelled to adopte the conclusion, that *so far as reformation is concerned, it has wholly failed,* and not only so, but that it *operates with alarming efficacy to increase, diffuse and extend the love of vice and a knowledge of the arts and practices of criminality.* » Singula quidem exempla damnatorum revera emendatorum non infitiantur illi Viri, sed mox addunt : « that such cases, if they have existed, are not frequent enough to become an object of attention in the enactment of our penal Code, *is proven by all our experience*, and upon *theory* it would seem most unlikely, that a thief, a counterfeiter or a house-breaker should be reformed in consequence of being shut up in a spacious building, in ease and comfort, and in the society of many other thieves, counterfeiters and house-breakers. That *a whole community of intelligent men* should have expected such a result, exhibits one of those instances of *public infatuation*, of which (verissime dictum!) *examples are not wholly wanting*, but which do not the less excite our wonder *when the illusion is past....* In justice to our own state it is proper to observe, that more than half of our convicts are persons who *come from foreign countries*, attracted by the hopes of abundant plunder, and some no doubt *by the good reputation which our state prison cannot fail to have acquired in the community of felons....* Facts that are public and notorious confirm the committee in the view they take of this subject. Our newspapers teem with relations of crimes of every dye. Our cities, villages and manufactories are frequently in flames, and to find secreted combustibles is no uncommon occurrence. It is understood that connected bands of horse-stealers and counterfeiters extend from Canada through several parts of the Union. The mails of the united states no longer afford security. Felonies that affect the stability of our monied institutions are becoming

common, and the forgery of bankpapers is an art so perfected, as to deceive the banks. . . » Crimina autem de quorum numero aucto hoc loco querela movetur, in civitate New York non amplius capitalia esse, videri potest ex JCti POWERS opere superius laudato pag. 42 et sqb., contra de frequentia homicidii, quod ibi adhuc, ut ex ejusdem operis pag. 38 patet, crimen capitale est, ne verbum quidem dicitur in illa relatione in qua insuper haec leguntur : « The committee hesitate not to state their opinion, that a government which fails to repress such a course of Criminality, fails also in its highest duty — *that of protection*. They are equally clear in the opinion that after having *for twenty-five years employed our sympathies and resources for the comfort of the criminal part of society*, it is now our duty *to look to the innocent.* »

Ceterum non solum in hac, de qua modo diximus civitate, verum etiam in pluribus aliis de maleficiorum aucto numero Viri Spectatissimi queruntur, quorum epistolas ROSCOE in suo opere refert. In *quibusdam* tantum civitatibus *atrociorum* criminum frequentia *minuta* esse dicitur inde ab introducta illa mitiori punitionum ratione, qua praecipue spectatur maleficorum emendatio; neque vero in his regionibus *atrocium* maleficiorum poena *capitalis esse desiit*, multo potius ejus irrogatio *magis certa* facta esse videtur eo, quod poena illa parcius est legibus ipsis sancita.

Ex civitate Connecticut quoque ad societatem supra laudatam quae in civitate New York paupertatis curam habet, epistola missa est cujus scriptor putat: «*that at no distant period the penitentiary system must be abandonned, and a severer penal Code adopted in its place;*» atque ex civitate Maryland scriptum est : «there can be little doubt but that the penitentiary system *has utterly failed both to prevent crimes and to reform Criminals; of this every penitentiary in the country affords lamentable proof.*» Ejusdem epistolae scriptor censet, poenam mortis saltem in homicidio omnino esse necessariam. Cf. ROSCOE pag. 89. 90. 97. Notatu dignum quoque hoc esse videtur, systema poenitentiae quod vocant in *nulla* civitatum foederatarum speratam utilitatem praebuisse, licet illud *ab initio optimum eventum habere videretur*.

Nec ipsi defensores illius systematis hoc infitiantur, qua de re confer: Report of the penitentiary system in the united states, prepared under a resolution of the society for the prevention of pauperism, New York 1822. ROSCOE pag. 64. et sqbs et pag. 106. et: Report of the society for the improvement of public prisons, Boston 1826, in the seventh report of the London society, Lond. 1827. pag. 312, ubi de criminum progressu in America plura referuntur. Scio equidem malum hunc exitum illius systematis communiter imputari *perversae ejus exsecutioni*, adeoque societatem in civitate New York initam perpensis his omnibus censuisse: « that the penitentiary system as it now exists in the united states, *with all its defects* is preferable to the former systems of punishment in this country, » et: « that corporal punishments *and the infliction of death would not prove congenial to the moral sentiments and feelings of the American people.* » Si autem, ut manifestum est et usu atque experientia comprobatum, disciplina carcerum in *omnibus* civitatibus Americanis adhuc *vitiosa* erat, cur eadem disciplina tantopere laudatur atque in Europa tamquam exemplum imitationis proponitur?

Certissimum saltem hoc est, in ea quae adhuc retulimus ex veris ac germanis fontibus, minime quadrare ea quae de hoc argumento nuperrime retulerunt in Commentationibus ceteroquin et ingeniosissime et eruditissime scriptis LUCAS, du système pénal, Paris 1827, introd. pag. LX. et sqb. et pag. 362. sqbs, atque DUCPETIAUX, de la peine de mort, Bruxelles 1827. pag. 288 et 388, de la mission de la justice humaine, Bruxelles 1827. pag. 80. sqb. Nec admodum adcurate dicta videntur ea quae circa eamdem rem retulit in notissimo suo opere ipse Americanus LIVINGSTON et Anglus BUXTON in suo opere de carceribus scripto, quod etiam italice redditum est in: Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale, Vol. III. Firenze 1821. pag. 93. Ex iis quae adhuc retulimus praecipue ex civitatis New York exemplo etiam intelligetur, non ita vanum, ut putat V. Cl. LUCAS, introduction pag. LXVIII et sqb. esse metum eorum qui poenae capitalis abolitionem Rei Publicae Genevensi dissuadent. Differendam saltem esse deliberationem de hac re gravissima, censuit etiam Vir Prudentia Politica praestantissimus ROSSI, ut docet: La Gazette des tribunaux N. 518.

Ceterum mihi non est in animo hic uberius gravissimum hoc argumentum tractare, et licet nonnulla de poena capitali dicenda habeam, non tantum mihi adrogo, ut credam me posse omnino nova de hac re proferre, vel utile quidquam facere, si velim propria scriptione numerum eorum augere quae jam de capitis supplicio a Viris Eruditissimis scripta sunt. Liceat mihi tantum hic indicare quaedam de poena capitali nuperrime in utramque partem disputata atque in publicum edita, quae nec in eo indice continentur quem confecit BOEHMER, Litteratur des Criminalrechts, Gœtting. 1816. pag. 682, nec in eo quem in opere suo, introd. pag. XVIII. et sqbs exhibuit DUCPETIAUX. Impugnaverunt vero poenam capitalem nuperrime in Gallia etiam: D'EYRAUD, de l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France, 2. éd. Paris 1827, Vol. II. pag. 59-96, VALANT, nouveaux essais sur la peine de mort, Paris 1827, A. GARNIER, de la peine de mort, Paris 1827, GUICHARD et DUBOCHET, manuel du Juré, Paris 1827, pag. 90-128. Necessariam contra eam poenam duci a duobus Medicis, in mentis humanae natura examinanda diu versatis et Humanissimis ESQUIROL et GALL, nuper comperi, cum mihi confabulari cum his viris contingeret.

In Regno nostro poenae capitalis adversarii nuperrime exstiterunt: DONKER CURTIUS, iets over de Theorie der Straffen, Utrecht 1827, pag. 25-78, SILVESTRE, des lois pénales considérées comme moyens de répression, Bruxelles 1827, page 160-187, LEVAE de la peine de mort, Bruxelles 1828. Pro ea poena scripsit V. Cl. ASSER in suo: Coup d'œil sur quelques principes essentiels du droit criminel, Bruxelles 1828, page 42-62. Recentissimam Dissertationem Academicam de poena capitali edidit IMMERZEEL Lugd. Bat. 1824.

In Germania nuper poenam hanc illicitam censuerunt Theologi, Medici et Jureconsulti, scilicet: STÆUDLIN Lehrbuch der Moral für Theologen, pag. 350, GUENTHER, in Henke's Zeitschrift für die Staatsarzneykunde 1825. nr. 1. pag. 189-204, GROHMANN im neuen Criminal-Archiv, VIII. pag. 470-530, ENNEMOSER, Wechselwirkung des Leibs und der Seele, Bonn 1825. pag. 219, TRUMMER, Criminalistische Beitræge, II. pag. 187. III. pag. 29, Hamburg 1825 et 1827. Pro poena capitali scripserunt: MITTERMAIER in Hitzigs Zeitschrift für die Criminalrechtspflege Nr. VIII. Berlin 1826, KOSEGARTEN in

den Criminalistischen Beitraegen, Vol. III. pag. 1-28, SCHIRLITZ, die Todesstrafe, Leipzig 1825. Sententiam similem ei quam nuper in Gallia GARNIER exposuit, profitetur etiam in Germania HENKE, Criminal-Recht und Politik, Berlin 1823, Vol. I. pag. 414. et sqbs. Conferatur insuper : Neues Archiv des Criminal-Rechts, Vol. VIII. pag. 724 et Vol. IX. pag. 323, ubi MITTERMAIERI judicia de duobus scriptis discipulorum nostrorum WINS et COLINEZ proferuntur.

In Anglia poenae capitali favent : HAMMOND, the Criminal-Code, Forgery, London 1823 pag. 40-59. et MILLER, on the Statute and Criminal Law of England, London 1822. pag. 209 et sqbs. De illius Viri meritis circa reformandam Rem Criminalem in Anglia conferri potest : The Jurist. Nr. I. Praeterea de poena capitali conferatur : Eunomus or dialogues concerning the Law and Constitution of England, by WYNNE, London 1822, vol. II. pag. 540 sqbs. et BICHENO, Philosophy of Criminal-Jurisprudence, London 1819. chap. II. Contra nimiam poenarum mitigationem denique scriptum est in : the Edinburgh Review, Nr. LXXII. Febr. 1822, quam scriptionem ROSCOE impugnavit in laud. op. In Italia quaedam de hoc argumento disputavit Clar. ROMAGNOSI, genesi del diritto penale, vol. I. Milan. 1823. pag. 196, et etiam in collectionis supra laudatae vol. I, Florentiae 1821 edito, pag. 245. legitur dissertatio huc pertinens, quae tamen nova non est : sopra le pene capitali del Signore della Maddalena. Cfr. denique ea quae in nota 3. 4. 9. 14. 18. et 29. de hac re diximus.

(9) Privato consilio Codicem Criminalem quondam composuerat ipse princeps Germaniae Primas et Archiepiscopus Carolus Theodorus a Dalberg : Entwurf eines Gesetzbuchs in Criminalsachen, Frankf. u. Leipzig 1792. Princeps Humanissimus in hoc Codice legumlatorem Toscanae Leopoldum imitari voluit, ut ipse dixit in praefatione, *poenam capitalem tamen sanciendam esse putavit.* Alia Codicum Criminalium exempla nuper in Bavaria proposuerunt LAMBERG 1821, WIRTH 1825. Recentissimum ejusmodi exemplum in Anglia prodiit s. t. Outlines of a penal Code on the basis of the Law of England together with a commentary thereon, by JOHN DISNEY, Lond. 1826. Hujus codicis primam notitiam debeo Viro consultissimo PONCELET,

in Curia Regia Parisina causarum patrono, et in schola juridica Professori Extraordinario, qui non solum summa benevolentia locupletissimam suam bibliothecam mihi aperuit, verum etiam hoc permisit, ut libros aliquos mecum Lovanium asportarem. In eo vero, quem JCtus Anglus suo Codici adjecit, Commentario praeter alia pag. 57 et sqbs causae indicantur quae JCtum ipsum *ad poenam capitalem admittendam moverunt*. De epistola edita Londini 1825: to the Lord Chancellor, on forming a Code of the Laws of England, by CROFTON UNIACKE, confer. Bijdragen tot regtsgeleerdheid en Wetgeving, 1826, nr. 3. pag. 417.

(10) Opus a FEUERBACHIO post factam ab eo peregrinationem conscriptum, jam supra laudatum, prodiit Giessae 1821 et 1825. 2 voll. Non sine momento illud fuisse videtur in leges nuperrime in Bavaria rogatas.

(11) Codice penale del cantone del Ticino, appendice, disposizioni transitorie art. 379, 380.

(12) Cf. e. g. opusculi Americani, ex quo quaedam jam supra initio notae octavae retulimus, locum sequentem ex pag. 21 et 22 excerptum: « It will have been perceived, that by the arrangement we have adopted, the revision of the penal statutes is diferred, until nearly the conclusion of our work. Independently of the consideration, that no complet system of penal Law can be framed, until those Laws, wich relate to the political establishments and to private rights are sattled, there are other reasons in favour of delay. A great experiment is now making in Louisiana under the auspices of an accomplished jurist, a native of this state. Extensive reforms in the penal Laws are also meditated in England, and we look to that country as well as our sister-state for instruction and examples... In order to comply with the requirements of the reference and to avail ourselves of such knowledge on kindred topics, as might facilitate the performance of our primary duties, we have sought for informations from those countries, in which similar experiments have been made, and schall endeavour on some future occasion to lay the results before the legislature. » Quidni legumlatores Europaei *hoc* Americorum exemplum imi-

tentur? Equidem nuper apud nos scriptum esse scio, in legum latione eum nobis populum magistrum esse non posse, apud quem adhuc servitus in usu esse animadverteretur. Si vero hoc esset, nec Romani unquam aetatem nostram aliquid in jure potuissent docere. Ceterum non *omnia* Americorum instituta comprobanda esse, jam monui.

(13) Quantopere BECCARIAE libellus ubique exceptus sit, hujus rei etiam hoc esse videtur testimonium, quod filius Viri Clarissimi adhuc bibliothecam non exiguam ex solis editionibus diversis paterni operis compositam habet Mediolani.

(14) Leopoldum tamen auctoritate Beccariae ad nimiam indulgentiam perductum esse, persuasum habeo. Sed quod Principis humanitate peccatum est, id mox experientia correxit. Poenam capitalem ille penitus abrogavit, paulo post vero ad eam restituendam movit necessitas, *aucto maleficiorum et praecipue homicidiorum numero*, ut refert PAOLETTI in suis Institutionibus Criminalibus quas, cum in Lyceo Florentino professor esset atque in Curia suprema Judex Ordinarius, Leopoldo ipso, jam Imperatore, jubente scripsit, edit. 2. Mediol. 1805. Vol. I. pag. 87. Cogente illa necessitate igitur in Hetruria novae legis, 30. Aug. 1795 sancitae, § 13 cautum est: « Volendo provvedere più efficacemente *alla sicurezza personale* dei nostri amatissimi sudditi, che è il principale oggetto di qualunque ben regolato governo, *rimettiamo nel suo antico vigore la pena di morte* per tutti gli omicidj commessi con matura e antecedente deliberazione e consiglio. »

Tristis experientiae memores postea etiam Decemviri ad Codicem poenarum in regno Italiae scribendum convocati, inter quos NANI Codicis Leopoldini non exiguus admirator et Juris in Academia Ticinensi Professor Celeberrimus, non dubitaverunt, in eo Codice quem anno 1806 confecerunt habita ratione Codicis Leopoldini, *poenam capitalem* in plura maleficia statuere, et notatu dignissima sunt ea quae de hac re ab illis Viris relata sunt in: rapporto che contiene i motivi del progetto del Codice penale, nella collezione dei travagli sul codice. Vol. I. pag. 151. « *Convinti da una fatale esperienza* con linee di sangue vergammo noi pure

fra le pene *quella di morte*. La fredda ragione ha soggiogato il sentimento. Essa colla verità di sua luce impedì ai nostri sguardi d'essere abbarbagliati *da quei falsi lampi d'umanità*, *di filosofia e di eloquenza*, che scintillarono sull' orizzonte di Europa nel secolo diciottesimo, e strapparono dal consenso di alcuni celebri e grandi Regnanti l'abolizione della pena di morte. »

Aliam legem in Hetruria nuper sancitam, qua poenae suspendii capitis amputatio substituta est, die 29 Aug. 1817, refert CARMIGNANI, in Pisana Academia Professor, in suis Elementis Juris Criminalis, Pisis 1822. Vol. I. pag. 107, in nota. Poenae capitalis oppugnatores contendunt Leopoldo *per 25 annos* in Hetruria regnante ibidem non nisi quinque homicidia meditata commissa esse. Poena capitalis homicidarum vero penitus abolita est demum anno *vicesimo primo* regni Leopoldini, et novem annis post cogente necessitate restituta. Quot vero aliae causae fuerint criminum numeri durante illo regno minuti, optime cognosci poterit ex opere quod sub titulo : *Governo della Toscana sotto il regno di S. M. I. il Re Leopoldo II*, Princeps Humanissimus ipse scripsit, ut docet CREMANI, de Jure Criminali, vol. I. Ticini 1791, praefat. pag. XIX in nota.

Quae causae legum latorem Austriae moverint ad poenam capitalem quam Josephus II. abrogaverat, restituendam, videri potest ex praestantissimo legum Criminalium Austriacarum Commentario, quem scripsit JENULL, Grætz 1820. Vol. I. pag. 84. sqb. et pag. 209. sqbs. Hic Commentarius nuper etiam Italice redditus prodiit Mediolani. Adcuratior poenae capitalis in Russia abrogatae narratio continetur in exemplo Codicis poenarum pro hoc Imperio scripti, quod anno 1818 Halae Saxonicae edidit JAKOB, qui Imperatori Alexandro quondam a consiliis, et ab eo ad leges pro illo imperio scribendas delegatus erat, pag. 11 et sqbs.

Qui vero haec omnia adtento animo examinaverit, persuasum habebit, parum adcurate dicta esse ea quae in notissimo suo opere, in editione Parisina pag. 93 dixit LIVINGSTON, et quae nonnulli Europaei fere ipsis ejus verbis repetierunt ! Melius effecta legum illarum celebratissimarum, quibus in singulis civitatibus poena capitalis abrogata est, edoctus fuisse

videtur Miller, on the Criminal-Law pag. 210 et sqbs. Neque cum iis quae ex *veris et germanis* fontibus in hac nota tradidi, admodum conveniunt ea quae de *effectis abrogatae poenae capitalis* ex Hetruria et aliunde refert Lucas, systéme pénal, Introd. pag. LXXIII, et pag. 355. sqbs. Cf. Ducpetiaux, peine de mort, pag. 347. sqbs, mission de la justice humaine pag. 63 et sqbs, et Valant, nouveaux essais, pag. 20. Nec possum non majorem fidem tribuere fontibus illis, ex quibus equidem hausi, quam iis quae ex *infantiae suae recordatione* Vir Clar. Sellon, et in *epistola diplomatica* Vir Illust. Berlinghieri communicaverunt cum scriptoribus laudatis. Quae denique iidem scriptores de poena capitali in Ducatu Badensi et Regno Hannovriae abrogato narrant, inferius refutabo.

(15) Hugo's Lehrbuch der juristischen gelehrten Geschichte, 2te Ausg. Berlin. 1818. § 199. Disseruit vero Vir Clariss. Vives de tormentis judiciariis in suis Commentariis in Augustinum, de civitate Dei, primum editis anno 1522, Lib. XIX. cap. 6. In editione hujus operis Parisina quae cum Commentariis Leonardi Coquaei et J. L. Vivis prodiit 1636, pag. 1823, locus ille contra tormenta scriptus desideratur, quod facile explicatur ex pag. 1540, ubi haec leguntur : « Appendix complectens Vivis Commentarios in libros de civitate Dei, *nonnullis tamen omissis ex censura Facultatis Theologicae Lovaniensis !* » Eundem tamen locum a Theologis Lovaniensibus damnatum Nicolas in suo de tormentis scripto opere pag. 186 gallice redditum exhibuit, latine nuper etiam Feuerbach, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde, Gœtt. 1800. Band II. Miscell. pag. 24 et sqbs. Ceterum verissime hoc loco censuit Feuerbach, jam Augustinum, licet ipse torturam necessariam habuerit pro conjunctione civili, contra eam argumenta plane eadem protulissi quibus usus sit Beccaria. Horum argumentorum vim etiam Nicolas sensit, cum Augustini auctoritate uteretur pag. 54, ad sententiam suam confirmandam. Neque ille, ut Vives, Jonktys aliique fecerunt, demonstrare studuit, Augustinum torturam tantum pro gentilibus necessariam credidisse. In universum Nicolas non satis notus esse dici potest, atque in sortilegii quoque quaestionibus impugnandis Thomasium praecessit. Vivis vero verba notatu digniora sunt haec : « Profecto carnificis animos habemus qui sustinere possumus gemitus

et lacrymas tanto cum dolore expressos hominis, quem nescimus sitne nocens. . . . Fortissima sunt, quaecunque contra tormenta dicuntur, quae vero pro tormentis, futilia et imbecilla. » Si quando Theologorum Ordo restitutus fuerit in Academia Nostra, hoc sane non amplius timendum erit, ne talia contra tormentorum usum scripta, ab iis damnentur.

Post Vivem etiam Montaigne eum usum improbavit anno 1580, in suis: Essais, Liv. II. chap. 5. Ceterum Montaigne non incautus erat novarum legum suasor, ut videri potest ex his ejus verbis : « Il y a grand donte, s'il se peut trouver si évident profit au changement d'une loy reçeüe telle qu'elle soit, qu'il y de mal à la remuer, d'autant qu'une police, c'est comme un bastiment de diverses pièces joinctes ensemble d'une telle liaison, qu'il est impossible d'en esbranler une, que tout le corps ne s'en sente. » Essais, Liv. I. chap. 12.

(16) In Arragonia ignoratum fuisse tormentorum usum, cum ille inter alios populos communis esset, refert Heemskerk, in sua Arcadia Batavá, editionis anni 1756, pag. 405; nec tamen certa ille adfert ejus rei testimonia. Firmissimum vero testimonium repeti potest ex libro rarissimo et pro historia cum Juris universi populorum Germanicorum tum potissimum Juris Criminalis utilissimo, quem in Bibliotheca Regia Parisina nuperrime mihi examinare contigit, scilicet in : *Repertorio Fororum Regni Arragonum, una cum Determinationibus Concilii Justiciae Arragonum practicis atque cautelis annexis edito a* Michaele del Molino, Jurisperito, Caesaraugustae 1585. Sub voce *tortura* legitur : « prohibita est in Arragonia atque hoc est unum ex magnis privilegiis hujus regionis. » Neque, ut legitur in eodem libro sub voce *inquisitio*, hic modus persequendi maleficia tunc temporis in Arragonia usitatus, sed ordinaria persecutionis via *accusatio* erat. Adeoque ea regulariter ne a *Procuratore fiscali* quidem, sed tantum ab offenso intentari poterat. Nonnihil tamen in Criminibus exercendis pendebat a personarum conditione quae diversissima erat. Praecipue inter *Infantiones* et *Homines signi servitii* distinguebatur, illorumque alii *Hermunii* erant alii *Franchi de Carta*, et Infantionum Hermuniorum alii *Varones*, alii *Richi Homines*, alii *Mesnadarii*, alii *Milites*, alii simpliciter *Infantiones Harmunii* vocabantur.

Haec personarum distinctio, quae *ab antiquo* in Arragonia constituta esse dicitur in opere laudato, egregie confirmat plures sententias Viri Clarissimi De Savigny; quae tamen in ejus Historia Juris Romani Medii Aevi, vol. I. pag. 185. not. 54 dicuntur, ea minus adcurata esse videntur. *Harmunii* enim neque vero *Richi Homines* iidem fuisse videntur in Hispania qui quondam apud alios populos *Arimanni* vel *Rachimburgi* dicebantur. Jam in Codice Alphonsi, noti s. t. *Siete Partidas*, P. II. Tit. IX. Leg. 6. *Ricos Ombres* etiam *Nobles* dicuntur, et P. IV. Tit. XXV. Leg. 10. legitur: « Ricos omes segund costumbre de Espana son clamados los que en las otras tierras dizen Condes o Barones. » Contra *Rachimburgorum* nomen in germana sua significatione aliquo modo in terra Belgica conservatum fuisse videtur. Ibi quondam *Rykdom* dicebatur: « eene vergaderinge van alle ingezetenen, die schot en lot betaalden, en die over alle belastingen des Lands ofte der steden in hunne wijken bij een geroepen wierden, ende met de meeste stemmen concludeerden, » ut videri potest ex libro, quem itidem examinare mihi contigit Parisiis, summa benevolentia Viri Clar. Van Praet, Bibliothecae Regiae Praefecti. Opusculi hujus scriptor ratione nonnullorum Historiae Medii Aevi momentorum veriorem sententiam secutus esse videtur, nostra aetate a Clarissimo Savigny demonstratam. Inscriptum vero illud est: Kort vertoog van den ouden stand der regtsplegingen, alsmede der oude gebruiken ende Wetten in Holland en Westvriesland, opgesteld door Eleutherius N. Batavus, tot Amsterdam 1682.

Cum superius de *procuratore fiscali* in Hispania dixerim, liceat hic aliquos locos subjungere parum notos, qui historiae hujus magistratus inservire possunt. In *Synopsi Chronologica*, edita ex Mandato Academiae Doctrinarum Olisiponensis: *De subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza*, por J. A. de Figueiredo, Lisboa 1790, pag. 10, continetur lex sive *Carta do Senhor Alfonso IV de* 1352, *sobre os crimes dos Ecclesiasticos*, qua pro tribunalibus ecclesiasticis instituuntur *promovedores da justiça*. De munere *advocati fiscalis* et historia publicae accusationis in Regno Neapolitano quaedam scripsit F. M. Pagano, principi del codice penale, opera postuma, nella raccolta di trattati di giurisp. criminale, Tom. I. Firenze 1821, pag. 52 et sqq. cap. 18, 19, 20.

Hic scriptor etiam adversus Clarissimum MONTESQUIEU infitiatur illius instituti utilitatem. Contra id commendatur, in censura Rei judicialis, a JCto GLOBIG, Lipsiae 1820. pag. 31. Plura de publico accusatore apud Scotos exposui in : Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publ. I. p. 512 et sqb. ad quae addendum est quod continetur de hoc magistratu in : the seventh report of the committee of the society for the improvement of prison discipline, pag. 48. not. 2. «*procurators fiscal*, who decide the great majority of minor offences, are liable both in damages and expenses in case of improper or groundless persecution, although the *Lord Advocate* is not subject to any responsability.» — In Codice Leopoldino quoque nominatur *un querelante pubblico*, et in novissima Lege Judiciaria Sardiniae *un avocat fiscal*. Publici accusatores denique et in Re Publica Columbiae et in Anglorum coloniis instituti sunt. Conferri praeterea possunt ea quae de hoc munere scripsit MEIJER in opusculo : de la nécessité d'une haute cour provisoire pour le Royaume des Pays-Bas, à la Haye 1817, p. 80. et sqbs., et simili ratione ELEUTHERIUS N. BATAVUS in laud. oper. pag. 2. 24. et sqbs.

(17) Opera hic memorata sequenti ordine prodierunt. J. GREVII tribunal reformatum, in quo sanioris et tutioris justitiae vis Judici Christiano in processu Criminali commonstratur, rejecta et fugata tortura, cujus iniquitas, multiplex fallacia atque illicitus inter Christianos usus libera ac necessaria dissertatione aperitur, Hamburgi 1624. Editionem antiquiorem Amstelodamensem laudat FOPPENS. — HEEMSKERK batavische Arcadia, editionis laud. pag. 446. Hoc opus, quod sub specie poëmatis pretiosissima historiae Juris Belgici elementa praebet, primum prodiit 1637. — A. MATTHAEI Comm. de Criminibus primum editi 1644. Lib. XLVIII. tit. 16. cap. 5. — De pyn-bank wedersproken en bematigt door D. JONKTYS, tot Rotterdam 1651. — Si la torture est un moyen seur à verifier les crimes secrets, Dissertation morale et juridique, par laquelle il est amplement traitté des abus qui se commettent par tout en l'instruction des procès criminels, et particulièrement en la recherche du sortilège, par A. NICOLAS, à Amsterdam 1682. Editionem antiquiorem Franco-Gallicam laudat CAMUS. Hoc opusculum et illud quod ante hoc nominavi, mecum communicavit Collega

Cl. Visscher. In opere Gallico, quod Regi Franco-Galliae dicatum est, pag. 183 memoratu digna haec leguntur: « Cependant il est bon que chacun sçache, que nos princes ne nous ont pas si fort attachez à l'esclavage des sentimens d'Auguste ni de Tibère, ni aux opinions des docteurs payens, ni aux arrêts de ces préteurs, ni aux loix prises des Grecs de quelque temps qu'elles soient, qu'ils ne nous ayent laissé le bon sens et le jugement à discerner si ce qu'elles nous prescrivent est contraire à l'équité naturelle et aux loix divines. Celles-cy ont sur nous une superiorité que nous ne sçaurions secoüer sans rebellion et sans perfidie, et c'est une chose étonnante que nous nous empressions à vanger des crimes de Majesté divine, en donnant nous mesmes dans le crime dont nous usurpons le nom, c'est à dire en méprisant le prescrit des lois divines en la verification de ces crimes, pour recourir aux abus des payens en la pratique d'un moyen de preuve aussi mensonger qu'est la torture. » — Clar. Van Hall in Commentatione *de Origine et Progressu Confessionis per Tormenta quaesitae*, quae ab Academia Ultrajectina praemio ornata, in ejusdem Academiae Annalibus anni 1820-1821 continetur, pag. 72, titulos quidem indicavit operum in hac nota laudatorum, omisit tamen annos quibus eadem edita sunt, nec ordinem eorum chronologicum servavit.

Post ea vero scripta edita denique Ch. Thomasius a discipulo defendi curavit Dissertationem *De Tortura ex Foris Christianis proscribenda*, Hal. 1705, in ejus Dissertatt. Tom. II. pag. 1049. Comparationis causa adjiciam ea, quae post ipsam Dissertationem scripta, ad Candidatum directa, verba Thomasii leguntur, quibusque Vir Clar. Candidatum Dissertationis auctorem, se vero paululum dissentientem simulavit. « Moris est in Academia Nostra, ut, cum infinitae sint in quaestionibus juris dissensiones, non solum liceat Professoribus libere sentire, sed et eadem libertas relinquatur Candidatis in Disputationibus Inauguralibus. Quare et ego eadem libertate te gaudere libenter patior, praeprimis cum eamdem sententiam quam propugnas, jam anno 1642. J. Grevius defenderit, et quantum scio JCti jam fere per saeculi spatium tacuerint, et ejus opinionem nemo peculiari scripto refutaverit, imo Celeberrimus JCtus Belga A. Matthaei Grevii, etsi ejus nomine suppresso, non, ut puto, animo maligno, sed ne opinioni illi auc-

toritate Doctoris Arminiani praejudicium crearet, in summam contraxerit, et judicio suo, quod valentiora videantur argumenta, quibus oppugnantur tormenta, quam quibus defenduntur, tantum non adprobaverit. Cum vero tota haec disputatio tua sit, non mea, patieris, ut paucis mentem meam de hoc negotio adperiam. e. q. s. r. » Alia contra judicialem tormentorum usum in Academiis Batavis ante Beccariam scripta laudat in sua Bibliotheca Juridica LIPENIUS, illa vero nunquam vidi. Praeterea laudatur ibidem KEMPERI dissertatio, Lugd. Bat. 1788 de eodem argumento edita, quam itidem ignoro.

(18) Imo adhuc auctor operis anno 1781 Amstelodami editi s. t. *regtsgeleerde Verhandelingen over lijfstraffelijke Misdaaden door een voornaam Regtsgeleerde*, in Dissertatione quarta, in qua de caede a pluribus commissa agitur, pag. 141, sententiam comprobans scriptoris Germani multo antiquioris, sequentia scripsit : « Laat Grevius schrijven wat hij wil, *hij is een Predicant geweest*, en heeft nooit in de Vierschaar ter oeffening der geregtigheid, als een standvaste en geduurige wil, om eenen jegelijken zijn recht te geeven, gezeten. Maar wij, die het regt bedienen, ondervinden dagelijks, *hoe nuttig de tortuur voor een Regeering*, en zomwijlen noodzaakelijk is. » Non omnia tamen in hoc opere eadem mente scripta sunt, adeoque Vir Clar. ASSER in suo opere : Vlugtige Beschouwing van eenige voorname beginselen des Strafregts, in 's Gravenhage 1827. pag. 32, locum ex eo opere simul cum loco ex Platone laudavit. Ceterum Jureconsulti nostrae aetatis opus de gravissimis Juris Criminalis quaestionibus scriptum adcuratius examinare non propterea dedignantur, quod ejus auctor Minister est Cultus Divini. Saltem opusculum a Viro hujus conditionis nuper contra poenam capitalem scriptum s. t. *Vom Iustizmord, ein Votum der Kirche, Leipzig* 1826, a Jureconsultis non una vice examinatum est : Cf. Jahrbücher der juristischen Literatur von SCHUNK, Band. VI. nr. 1. pag. 85. Neues Archiv des Criminal-Rechts von MITTERMAIER, Vol. IX. p. 330. Bijdragen, 1827, nr. 4. pag. 696. Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Tübingen 1827, 2ter Band, 2tes Heft, pag. 215.

(19) C. F. HOMMEL Principis Cura Leges, Dissertatio Extemporanea prae-

scripti argumenti, praesente Ser. Saxoniae Electore D. Friderico Augusto d. 30 April. 1765 defensa, et Ejusdem: Philosophische Gedanken über das Criminal-Recht. Breslau 1784. Cf. BOEHMER Litteratur des Criminal-Rechts pag. 203.

(20) Conf. Mémoire sur l'abolition de la torture par SONNENFELS dans la bibliothèque du legislateur, Berlin 1782. Tome IV. pag. 197, et laudes quae huic libello ab editore Bibliothecae hujus, BRISSOT DE WARVILLE cod. vol. pag. 179, tribuuntur. Hic Vir etiam in suo opere: théorie des lois criminelles Berlin 1781. Vol. II. pag. 100 et sqbs inter oppugnatores tormentorum laudat Philosophum CHARRON, de la sagesse ch. 3. et Grevii opus a Celeberrimo BAYLE multis laudibus celebratum esse, refert.

(21) Verba Legis 3. C. quae sit longa consuetudo.

(22) L. ult. C. de crimine expil. hered. Ex hoc et innumeris aliis locis Crimina Extraordinaria ex consuetudine potissimum originem duxisse probavi, et simul tum varias vocis *crimen* significationes legales atque vulgares exposui, tum illam praecipue *non* maleficium, sed quaestionem vel judicium de maleficio, accusationem, reatum, culpam, sive i. q. enquête, instruction criminelle, praecipue instruction préliminaire, tum i. q. acte d'accusation, culpabilité, moralité du fait significasse, demonstravi tribus dissertationibus: im neuen Archiv des Criminalrechts vol. VIII. nr. 14 et 22. Vol. IX. nr. 16. Cum jam et Jureconsulti et Philologi non exigui nominis in meam sententiam discesserint, in hac oratione quoque vocabulum crimen vera ac germana significatione usurpare non dubitavi. In Lusitania, ubi Jus Criminale Romanorum diutissime servatum esse videtur, adhuc dicunt *juiz do crime*, in Hispania *alcalde del crimen* i. e. *juge d'instruction*, ut Romani *judex criminis* sive *judex quaestionis* dixerunt, quod utrumque promiscue usurpat Cicero. CUJACIUS quoque verbo *crimen* saepissime utitur germano ejus sensu, a Recentioribus scriptoribus communiter neglecto. WASSENAER, in Dissert. de Collegiis et Corpor. in FELLENBERGII Jurisprud. Antiqua, vol. I. pag. 439. sqbs, ubi etiam de Criminibus Extraordinariis sermo est, veram illam significationem aliquo modo suspicatus esse videtur.

(23) L. 7 et 8. C. ad Leg. Jul. Maj. Cf. § 1. J. de fideicommiss. hered.

(24) L. 1. C. quae sit longa consuetudo.

(25) Confr. BLACKSTONE, Comm. Book. IV. ch. 28. De hujus beneficii hodierna abolitione videatur : The Jurist. nr. II. pag. 312, et : Seventh report on prison discipline, pag. 8. Lex ipsa qua illud beneficium abrogatum est, continetur in Collectione quam edidit TIDD PRATT pag. 69. Act for further improving the Administ. of Justice in Crim. Cases in Engl. 21 June, 1827.

(26) Jury Act. 6. Georg. IV. cap. 50 art. 60. « And be it further enacted, that from and after the passing of this act, it shall not be lawful either for the King, or any one of his behalf, or for any party or parties in any case whatsoever, to commence or prosecute any writ of *attaint* against any jury or jurors for the verdict by them given, or against the party or parties, who shall have judgment upon such verdict; and that no inquest shall be taken to enquire of the concealments of other inquests; but that all such attaints and inquests shall henceforth cease, become void, and be utterly abolished; any law, statute, or usage to the contrary notwithstanding. »

Hanc vero viam impugnandi veredictum Juratorum in desuetudinem abiisse, jam BLACKSTONE monuit B. III. ch. 23 edit. anni 1809. pag. 374. « When attaints began to be disused, » et nuper causarum patronus Anglus in suis notis ad opus Viri Cl. COTTU, Annales de législat. et de jurispr. Vol. III. Genève 1822. pag. 51. « Ce procédé par voie d'attaint est tout à fait hors d'usage. » Erravit igitur COTTU, de l'adm. de la just. Crim. 2. edit. pag. 111, nec admodum adcurate de hac re disseruit REY, des institut. judiciaires de l'Angleterre, vol. II. pag. 804 et 378, auctore potissimum TOMLINS, Law Dictionary s. v. *attaint*. Nominatim ad id quod Rey scripsit de institutione, quam *new trial* vocant Angli, addendum est quod CHRISTIAN observavit in laudata editione Comment. Jur. Angl. pag. 387. « In offences greater than misdemeanors, a new trial cannot be granted. »

Cf. ea quae de legum divisione in *Statutes declaratory of the common Law* et *remedial statutes* dicit BLACKSTONE, Vol. I. pag. 86.

(27) A Doctissimo nostro Lectore MOLITOR, in Dissert. de Minuta Existimatione, Lovanii 1824. Ejus doctrinam a recentissimo Historiae Juris Romani scriptore ZIMMERN, Geschichte des Rœmischen Privat-Rechts, Heidelb. 1826. pag. 456-569, adversus vulgarem doctrinam de Infamia et adversus ea quae nuper de eo argumento MAREZOLL, BURCHARDI et alii scripserunt, comprobatam esse merito laetamur. Confirmatur etiam Doct. Viri sententia egregie loco aliquo, qui legitur apud FRONTONEM, de differentiis vocabulorum, edit. Niebuhrii pag. 284. «Ignominia imponitur ab eo, qui potest animadversione notare, infamia ex multorum sermone nascitur.» In opere de Jure Lusitano praecipue de inquisitionibus scripto, auctore M. HOMEN LEITAON, Conimbricae 1544. pag. 440 vox *infamia* vero hoc sensu usurpatur.

(28) CICERO pro Milone. 6. PORCII LATRONIS Declam. in Catil. cap. 19. Cf. SIGONIUS de judiciis II. 29. WASSENAER l. l. et DIRKSEN Kritik der XII. Tafel Fragmente, Leipz. 1824. pag. 623.

(29) Poenam capitalem in Hannovria abrogatam esse 1822, nonnulli ejus poenae adversarii nuper contenderunt. Non solum autem in novo exemplo Codicis Hannovriani ea poena artt. 8. 138. 142. 152. 172. 173. 190. 197. 229. 230. 327. sancita est, verum etiam in notis a praecipuo auctore ejus Codicis editis ne causa quidem indicata est quae ad hanc sanctionem legum latorem moverit, quod sine dubio factum esset, si illa poena paulo antea abrogata et nunc restituenda fuisset. Cf. Anmerkungen von BAUER, pag. 317. Ibi causae tantum indicantur, ex quibus praelata est in Codice *amputatio capitis aliis poenarum capitalium generibus.* — Carolus Fridericus quoque, Marchio et postea Magnus Dux Badarum, abrogasse poenam capitalem, a quibusdam ejus poenae oppugnatoribus dicitur. Non solum vero in Edicto, quod hic Princeps ceteroquin Humanissimus anno 1803 sanxit, art. 26, poenae capitalis irrogatio comprobata, verum etiam ipse tormentorum usus art. 10, licet in duobus tantum casibus, permissus est. Etiam in Hannovria tortura penitus recentissima demum aetate abolita est, quod fortasse scripto-

res illi cum abolitione poenae capitalis confuderunt. Nec in Edicti laudati Commentario, Manhemii 1823 edito, additis legum Criminalium posteriorum praeceptis, aliquod Edictum quo poena capitalis posterius abrogata esset, indicatum est. Ego ipse cum quondam iter facerem in Ducatu Badensi anno 1811, caput damnati in pertica praefixum atque in loco insigni expositum prope viam publicam vidi, et nuperrime, mense Octobris 1827, Heidelbergae capitis damnatus summum supplicium subiit. — Praeterea causarum Criminalium in Ducatu Badensi Judicatarum Collectio a JCto PFISTER Heidelbergae 1816-1822 5. voll. edita est, ex qua optime intelligi poterit, num unquam abolita fuerit in illa terra poena capitalis. In majori vero Hannovriae parte adhuc vim habere Constitutionem Criminalem Caroli V, docent BAUER, in adnotationib. ad novum Codicis exempl. pag. 233, et GANS, Zeitschrift für die Civil. und Criminal Rechtspflege in Hannover, Hann. 1826. Vol. I. pag. 360. BAUER etiam loc. laud. refert, poenarum omnium in diversa maleficia ex legibus Hannovriae infligendarum indicem editum esse, s. t. Tabellarische Zusammenstellung, Stade 1822. Ceterum Dux Badarum in Edicto anni 1803 multum mitigavit legum antiquarum rigorem, et in eo constituendo praecepta quaedam secutus esse videtur ejus Codicis, quem a Principe Germano privato consilio scriptum esse diximus nota 9.

(30) Eleganter de hac re disseritur in : the report of the committee to revise the Criminal Code of Massachusetts, 20 Jan. 1819, quam relationem exhibet ROSCOE in operis sui laudati appendice pag. 64. Viri ad hoc negotium delegati leges civitatis Criminales, utpote paulo ante sancitas, non admodum mutandas, nec earum Codicem communem conficiendum esse censuerunt, dicentes : « The undersigned are of the opinion that so little alteration is wanted, that a new bill would be little more than a reenactment of the Laws now in force; and they can perceive no advantage in doing this, sufficient to counterbalance the expense to the public, and trouble to the legislature, it would occasion. The undersigned also believe, that the legislature will consider it important to guard against frequent changes in the Criminal Law; it being among the soundest of political maxims, that this Law should be plain and permanent; in order that the citizen may know his duty, and the consequence of violating it; as well

as that all magistrates and others concerned in the administration of justice may have a familiar knowledge of the system, which they may be called upon to execute. Changes should take place, when the situation of the community demands them; but, until then, we apprehend innovations would be generally attended with inconvenience, if not danger. »

(31) Code pénal art. 86 et 88.

(32) Leges peculiares quarum observantia jussa est art. ult. Codicis poenarum, tempore introducti Codicis aliae prorsus erant in Regni nostri parte Meridionali, aliae in Septentrionali, et quamquam in hac quoque leges Franco-Gallicae antiquiores multae postea promulgatae sint, Juris Criminalis singularis perfecta tamen convenientia non potuit effici inter omnes provincias, multaeque in Septentrionalibus leges adeoque consuetudines Patriae antiquae adhuc servandae censentur tum in aliis tum in poenalibus causis. Cf. ALEWYN, dissertatio de Jure Rerum Naufragarum, Amstelod. 1824, pag. 35-40. WENS, dissert. de Delictis a Civibus extra Civitatem suam admissis, Gron. 1824. pag. 45. Et est hoc notatu dignum, Edicti Ludovici XIV. praecepta quaedam adhuc apud nos servanda esse, quae nuper in ipsa Franco-Gallia Codice Saltuario, in Ducatu Parmensi Codice poenarum communi nominatim abrogata sunt. Generalem legum singularium omnium recognitionem in Franco-Gallia quondam Ludovicus XVIII. jussit 20 Aug. 1824, qua de re conf. Bijdragen 1826. nr. I. pag. 156. sqb.

(33) Cf. e. g. MITTERMAIER, de alienationibus mentis, oratio dicta Heidelbergae 1825, et dissertatio quam nuper HENKE scripsit in: HITZIG's Zeitschrift, Nr. X. pag. 394. Similem controversiam in Dania movit HOWITZ, *om affindighed og tilregnelse, et bidrag til Psychologien og retslaeren*, in: OERSTED, Juridisk Tidskrift, Vol. VIII. nr. 1. Kjoebenhavn 1824. Animadversiones ad hanc Commentationem scripserunt BRANDIS et SIBBERN, in ejusdem operis Vol. VIII. nr. 2. Vol. IX. nr. 1 et 2. Cf. quae de hac controversia monet SCHLEGEL in excellentissima sua Juris Encyclopaedia danice scripta, Hafniae 1825. pag. 549, in nota. Hoc opus, in quo non solum Danici verum etiam Germanici, Anglici, Franco-Gallici, Suecici et Russici Juris

fontes atque scriptores adcuratius indicantur, et insuper de Jure Naturali atque Jure Constituendo, De Jure Romano atque Canonico, De Jure Mosaico atque Feudali, de Jure Gentium et Mercatorio, de Historia Juris et Disciplinis Juris Auxiliaribus recentissimorum subsidiorum adparatu disputatur, nomen *Encyclopaediae Juris per Europam Communis* multo magis meretur, quam illud quod hoc titulo edidit SCHMALZ, Berolini 1827.

Quae vero de argumento Medico-Juridico, de quo supra diximus, nuperrime scripta sunt a Medicis Celeberrimis ESQUIROL, GEORGET aliisque, et quae pro legumlatore notatu digna continentur in operibus recentissimis de mentis alienatione apud nos a Medico GUISLAIN, apud Anglos a Medico SLADE editis, aliisque multis, ut notiora omittere possum.

(34) Harum Doctrinarum progressum in Germania testificantur Psychologiae Forensis opera nuper suadente Viro Cl. ESQUIROL in linguam Gallicam versa, et Clar. Medicinae Legalis scriptor MECKEL ad Academiam Londinensem vocatus.

(35) Quis ignorat, quanti Anglorum scripta Politica ubique aestimentur, quantumque BACONIS auctoritas valeat apud Scholae Historicae Celeberrimos scriptores?

(36) Auctor plurimorum de Philosophia Juris scriptorum, quorum unum jam laudatum, *genesi del diritto penale*, Mediolani prodiit 1823-1824. 3 voll. Cf. Vol. I. pag. 141.

ADDENDA.

Postquam ea quae in adnotationibus meis exposui, jam typis tradita erant, alia multa ad me pervenerunt quae, cum omnino ad argumentum tractatum pertinere viderentur, nec amplius suis locis inseri possent, conjuncta cum iis quae in iisdem locis forte omisissem, propriis aliquot notis tanquam animadversionum mearum complementum adjicienda esse putavi. Primum vero de novis quibusdam legibus Criminalibus vel legum rogationibus, tum de quorundam Auctorum sententiis circa poenam capitalem recentissime enuntiatis loquar; postea quaedam de quaestione Historica jam agitata, et denique de Rei Judiciariae causa nonnulla subjungam.

(1) Praeter leges et Codices vel sancitos vel rogatos, quorum mentionem feci in not. 1. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. notatu digna sunt sequentia. In *Helvetia* legum reformatio jam versus finem saeculi superioris necessaria judicari coepit, et quaedam a Viris ad hoc negotium in Re Publica Bernensi delegatis relata atque typis tradita anno 1797, summus suae aetatis Historiographus JOHANNES MUELLER solita sua perspicacitate dijudicavit. Cf. Ejus opp. Vol. XII. Tübingen 1811, pag. 192. Ad recentem legum Helveticarum reformationem pertinent duo opuscula, quae quidem parare mihi nondum potui : Un mot sur la proposition de M. SELLON pour la suppression de la peine capitale, Genève 1826, et : Motif d'un amendement qui doit être proposé à la loi, rel. aux délits de la presse, qui est en discussion, par M. SELLON, Genève 1827. De judicio juratorum in Re Publica Valdensi repudiato confer : Revue encyclopédique, Janvier 1828, Tom. XXXVII. pag. 255. Ibidem pag. 465, Février 1828, recensentur alia huc pertinentia de carcerum disciplina nuperrime edita a Viris Hum. CHAVANNES, Lausanne 1827, et BURCKHARDT, Zürich 1828.

Lex *Batava* de Ordine Judiciorum Criminalium anni 1798 continetur in : Verzameling der Publicatien voor de Ingezetenen der Bataafsche Re-

publiek, Deel IX, Leiden, 1799. nr. 63. Cf. Besluiten der eerste Kamer van het vertegenwoordigend Lichaam, Deel III, eerste Stuk, in den Haag 1799. pag. 246 et sqbs, Besluiten van de tweede Kamer en Decreten van het verteg. Lichaam, Deel III. 1798. pag. 110 et sqbs. De vi illius legis usque ad introductum in Batavia Jus Francicum loquitur A. SCHOUTEN, in Dissert. de probatione delictorum, Lugd. Bat. 1826. pag. 64. not. — De legibus *Daniae* emendatis et poenis exilii atque confiscationis in hoc Regno abrogatis nuntiatum est in Diariis nostris mense Maii 1827, nuperrime vero mense Februarii h. a. in iisdem Diariis narratum est de nova lege in foederatis *Americae* civitatibus rogata, ad certamen singulare poena homicidii puniendum. Quae jam memoravi de Codice in civitate *New York* scribendo, ea exposuit quoque : the Jurist, No. III. January 1828, pag. 437 et sqbs, quo loco etiam alia Juris Americani praecepta explicantur. De novo Codice quaestionum Criminalium, ineunte anno 1827, in Re Publica *Haiti* promulgato et judicio juratorum ibi inaugurato die 15 Nov. 1827 confer : Gazette des tribunaux, 24 Février 1828, nr. 796. Nec facere possum quin Juris Americani notitiam adquirere cupientibus hoc loco commendem opera JCti WILSON, Philadelphiae 1804. 3 voll. edita. Ea Parisiis mecum communicata sunt a Viro Consultissimo PONCELET, et praeter Dissertationes singulares v. g. de origine dominii, s. t. *Lectures on Law* primum *Encyclopaediam Juris*, tum elementa Juris Americani *Publici* et *Criminalis* continent. Cf. MONTAGU, opinions upon the punitions of death, Vol. III. pag. 287.

Circa leges Criminales novas in *Germania* nuperrime sancitas aut rogatas notandum est, exemplum Codicis pro Regno *Wirtembergensi* scriptum quod jam memoravimus, 1823, recentissimi vero exempli pro *Saxonia* propositi partem primam et secundam 1824, tertiam 1827 prodiisse. Hujus Codicis censuram continet : Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Band III, nr. 1. Tübingen 1827, pag. 85 et sqbs. Accepit utrumque Regnum nuper etiam quasdam leges singulares, ad Rem Criminalem pertinentes. Cf. Verordnung der K. Saechsischen Landesregierung, den Gerichtsstand in Criminal-Sachen betreffend, vom 7 Febr. 1820, mit einem practischen Commentar von BRUECKNER, Leipzig 1825, tum : Uebersicht der in Criminal-Sachen ergangenen Wirtembergischen Normalien, in HOFACKER's Jahrbüchern der

Gesetzgebung und Rechtspflege, Band I. Stuttgart 1824, nr. 4, et de his legibus: Kritische Zeitschrift, Band II, nr. 3, Tübingen 1827, pag. 436 et seqbs. — Summam vero et Legumlatorum et Jureconsultorum attentionem meretur exemplum Codicis Criminalis *Bavarici* recentissimum, Humanissimi Regis Ludovici auspiciis scriptum et editum s. t. Revidirter Entwurf des Strafgesetzbuchs, München 1827. Summa illud praeceptorum justitia atque humanitate, et verborum gravitate atque perspicuitate commendandum, inter recentissima Codicum Criminalium exempla optimum praedicare non dubito. Neque tamen *poena capitalis* in hoc Codice omissa, sed e. g. art. 101 in patriae proditores, art. 113 in crimen laesae Majestatis, art. 205 in meditatum homicidium, art. 290 in incendiarios, si orto incendio homo perierit vel criminis atrocitas peculiaris manifesta fuerit, sancita est. Ceterum legislator maleficiorum divisionem in *crimina, delicta et offensas disciplinae* recepit ejusque divisionis idem fundamentum esse voluit, quo eadem in Codice Franco-Gallico et in recentissimo Codice Parmensi constituta legitur. Loco poenae gladii adhuc usitatae supplicium in Gallia usitatum propositum est, *das Fallbeil*. Porro ut Codice Parmensi communi simul abolita est *l'ordinanza sulle acque e foreste*, ita etiam in Codice poenarum Bavarico singulare habetur caput de delictis contra Rem Sultuariam et Piscatoriam, quo in posterum leges singulares circa has causas abrogabuntur.

Cum novo exemplo Codicis Criminalis pro Regno *Belgico* scripti, quod anno superiori in lucem editum est, conferri debent omnino quaestiones in Ordinum Generalium conciliis propositae, quibus quasi *fundamentis* Codicis ipsius examinatio superstrueretur. Cf. Journal de la Belgique 1827, nr. 317 et 340. Plurimis his quaestionibus egregia, ut equidem censeo, ratione propositis, quasi responsum esse videtur plurimis scriptionibus, quae in diversis Europae regionibus nostra aetate de singularibus Juris Criminalis argumentis prodierunt. Deliberata de quaestionibus in nostrorum Ordinum *Sectionibus* quas vocant, typis descripta nuperrime, ut nuntiatum est, cum singulis Ordinum sociis communicata sunt. Ex his patet, *aboliendam esse poenam capitalem* a plerisque legumlatorum nostrorum censeri. Plurima de ea quaestione scripta, num commendanda sit Codicis Franco-Gallici distinctio inter *crimina, delicta et disciplinae offensas*, recensui in:

Bibliothèque du J. et du P. I. pag. 493 et sqbs. Neque possum in eam sententiam discedere, quam de hoc argumento nuper publici juris fecit Vir Clar. ASSER in suo : Coup d'oeil, pag. 34, nec in eam quam, ut l. l. docui, BENTHAM et TAILLANDIER profitentur, et nuper exposuit : le Globe, Tom. VI. nr 36. pag. 226. Nec in animo mihi est hic plura addere de argumento, quod tam egregie MITTERMAIER aliique Juris Criminalis scriptores Celeberrimi pertractaverunt. Nec denique omittendum mihi videtur, jam ante exemplum novi nostri Codicis Criminalis editum, singulos ejus articulos a novissima ejus scriptura paululum discrepantes, a PHILIPSE in Dissert. Academica, de conatu delinquendi 1822. pag. 121 in publicum editos esse.

Quae in Oratione mea de generali legum Criminalium omnium praevia recognitione, ante Codicis communis sanctionem necessaria dixi, ea confirmari admodum videntur dubiis, quae nuperrime in Franco-Galliae judiciis mota sunt circa vim edictorum poenalium ab Imperatore post eversum tribunatum sancitorum. Cui dubitationi si quod fundamentum subest, eamdem etiam apud nos de vi illorum edictorum dubitandi causam esse, patet. Cf. Gazette des tribunaux, nr. 791. 792. 800. Plaidoierie de M. Crémiaux et jugemens des tribunaux de Rennes et de Chauny. Ad confirmanda autem ea quae dixi superius de nonnullis legibus poenalibus, a Franco-Gallis nobiscum communicatis, quod scilicet eae magis quam ipse poenarum Codex a communi saeculi nostri sensu et Belgarum moribus abhorrere viderentur, inservire possunt articuli nonnulli Ordinationis Ludovici XIV, apud nos quoque promulgati in legum Franco-Gallicarum collectione quae *Code Merlin* vulgo dicitur. Sermo vero in illis articulis est *des peines corporelles*, quas poenas, licet eae in recentissimis legibus *Anglorum* sancitae reperiantur, a moribus nostris et saeculi nostri cultu alienas esse, profiteri eo minus dubito, cum in ipsa *Austria* nuper JCtus ZEILLER, in rebus forensibus diu versatus, et Codicis Civilis Austriaci Celebratissimi auctor aestumatissimus, *rejiciendas* esse illas castigationes, egregie demonstraverit in : WAGNER's Zeitschrift für die Oestreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde, Wien 1825, Heft III. nr. 11. *Aurea* vocat haec JCti Austriaci verba Clar. MITTERMAIER, neues Archiv. Vol. VIII. pag. 540; qui itidem

adversatur illi animadversionum generi communniter infenso. Cf. Bijdragen, voor den Jare 1826, nr. IV. pag. 555, et : Act for consolidating the Laws of England, relative to Larceny, 27 June 1827, 7 et 8. Georg. IV. cap. 29. art. 8. « If any person shall send any letter with menaces,.... every such offender shall be liable to be imprisoned, and if a male, to be once, twice or thrice publicly or privately whipped. » In hac lege etiam de crimine nefando et sacrilegio sermo est, adeoque hoc poena capitali adficitur art. 10.

De generalis legum recognitionis necessitate in *Franco-Gallia* quoque sentita, confer : DUPIN, de la necessité de réviser toutes les lois promulguées depuis 1789, Paris 1814, et ejusdem : notions élémentaires sur la justice, le droit et les lois, Paris 1827, pag. 227 et sqbs, tum : DUVERGIER DE HAURANNE, de l'ordre légal en France et des abus d'autorité, partie II, Paris 1828. De hoc opere, quod plura ad Jus Criminale potissimum pertinentia capita continet, dicitur : « La pensée fondamentale du livre est la nécessité d'une révision complète des lois de l'empire et surtout des décrets. » Globe, Tom. VI. Nr. 34. pag. 216. De necessaria Codicis poenarum reformatione conferendae insuper sunt animadversiones quaedam duorum Magistratuum Celeberrimorum et Virorum ut moderatione ita eruditione excellentium : LE GRAVEREND, des lacunes et des besoins de la législation Française en matière politique et criminelle, Paris 1824, pag. 230 et sqbs, et : COTTU, réflexions sur l'état actuel du jury, de la liberté individuelle, et des prisons, Paris 1818, pag. 61 et sqbs. Ex loco priori simul intelligimus, Virum Clar. Le Graverend *Codicis poenarum scribendi consilium* iniisse, et loco posteriori demonstratur, *non nimium festinandam esse novi Codicis poenarum sanctionem*. De periculis subitariae legum reformationis nuper etiam in Anglia observationes publicatae sunt, factae in ea terra, ubi magna inter jubentes et obedientes morum diversitas errores legumlationis magis manifestos reddit. Cf. Observations on the Law and constitution of India, with an inquiry into the revenue and judicial administration, and regulations of police, at present existing in *Bengal*, London 1825, pag. 252 et sqbs. Hoc etiam hic adjicere juvabit, nec duos JCtos Gallos modo laudatos absolutam poenae capitalis abrogationem desiderare, qua de re mox plura addam. Desideria reformationis Rei Criminalis conspicua quoque sunt in

dissertatione nuper in *Italia* scripta de publica criminum actione, in : Antologia Italiana, Firenze 1827, ut refert : La Revue Encyclopédique, Décembre 1827. Aliquam conjunctionem denique cum argumento hic tractato duae dissertationes habere videntur, quarum titulos adjicere liceat, quamvis easdem examinare nondum potuerim : Influence de la philosophie sur l'instruction criminelle, par SERVAN, pièce inédite, publiée dans une nouvelle édition de ses œuvres, à Paris 1827, et : GOCKINGA, de Doctrinae Juris Criminalis incrementis, Groningae, 1826. De conditione Juris Criminalis in Anglorum Coloniis conf. the Jurist, nr. III. pag. 421.

(2) Plura ad hodiernam controversiam circa poenam capitalem pertinentia retuli in not. 4. pag. 67 et 69, in not. 8. 9. 14. 18 et 29, et passim in nota superiori. Praetermissa a me sunt quaedam de hoc argumento scripta, quae cum nec indicibus a BOEHMER et DUCPETIAUX suppeditatis contineantur, hic supplenda sunt. Contra poenam capitalem scilicet scripsit etiam Collega Cl. WINSSINGER, in Dissert. Groningae proemio ornata, et ibidem atque in hac urbe typis descripta, de talione et poenae mortis ad eam relatione, Lovanii 1822, pag. 72 et sqbs, tum: MAZEL, discours sur l'abolition de la peine de mort, suivi d'un exposé des moyens d'extirper la necessité de cette coutume, Paris 1825. Inter scriptores Doctrinae Politicae recentissimos confer : ZACHARIAE, vierzig Bücher vom Staate, Band III. Heidelberg 1826, pag. 303, cum quo loco tamen conjungatur pag. 309, et ejusdem : Strafgesetzbuch, pag. 33. Poenam capitalem contra indubitate necessariam existimat Clar. ANCILLON, Geist der Staatsverfassungen, Berlin 1825, pag. 234 et 242. Scriptores Juris Naturalis recentissimi itidem poenae illi partim adversantur, velut STŒCKHARDT, Natur-Recht, Leipzig 1825, pag. 299, partim favent, velut BAUER, Naturrecht, Gœtting. 1825, pag. 347, ubi etiam laudantur GMELIN et HEYDENREICH, qui hujus controversiae historiam tradiderunt. Sententiarum denique de hoc argumento latarum locupletissimam collectionem non solum in Anglia fecit MONTAGU, quam Ducpetiaux quoque laudat, verum etiam in Germania BERGK et ERHARD collectas exhibuerunt sententias quam plurimas in illa collectione omissas, cum iidem opera de legibus poenalibus a BECCARIA et PASTORET edita Germanice redderent. Novissima vero contra poenam mortis edita sunt haec : Discours contre la peine

capitale par D'Ulin de Ponnerate, Paris 1828, et : Apologie de la peine de mort, par M. Asser, avec quelques observations critiques, Bruxelles 1828. In hac anonyma scriptione, licet, ut equidem censeo, criminosa nulla, falsa tamen multa continentur, quae paucis demonstrare veritas ipsa jubet.

Non solum autem Montesquieu, Rousseau, Mably, Filangieri et B. Constant, cujus veram animi sententiam frustra in dubium vocat scriptionis illius auctor, necessitatem summi supplicii sibi persuaserunt, verum etiam apud Veteres eamdem persuasionem habuerunt Plato et Cicero, licet locutiones nonnullae oratoriae communiter ex hujus Viri operibus discerptae sententiam contrariam indicare videantur. Temporibus minus a nostra aetate remotis idem senserunt summus Baco, Locke, Paley, Diderot, Linguet, Michaelis, Moeser, Blackstone, quorum omnium gloria non patriae finibus circumscribitur; et licet quidam horum Virorum de hoc argumento non multa *scripserint*, plus tamen illi haud dubio de eo *cogitaverunt*, quam alii spissorum voluminum auctores. Tandem inter aequales nostros JCti summi nominis Le Graverend, Feuerbach, Hugo, Mittermaier, se poenam capitalem necessariam ducere satis luculenter enuntiaverunt, et pro parte efficacissimis argumentis sententiam suam confirmarunt. In horum Virorum Consultissimorum sententiam multi quoque Philosophi discedunt, inter quos Massias et Portalis, ille in suo opere : Rapport de la nature à l'homme et de l'homme à la nature, Paris 1821 - 1823, Vol. III. p. 118, hic in scripto : De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le 18. siècle, Paris 1827. chap. 31. Locos hos, Collegae Humanissimi De Reiffenberg benevolentia mecum communicatos, qui legerit, saltem hoc habebit persuasum, falsissimum esse illud dictum : « l'opinion contre la peine de mort a pour partisans tout ce que l'Europe et l'Amérique ont de citoyens éclairés et philanthropes, » quod legitur scripto anonymo superius laudato pag. 9. Eodem loco auctor hujus libelli suae sententiae addictos nominat viros Clarissimos Eden et Romilly, qui quidem sententiam omnino contrariam profitentur. Dixit enim Eden in suis : principles of penal Law, London 1775, pag. 25, et in : Montagu's selected opinions, Vol. I. pag. 184, cum de lege Portia Romanorum loqueretur : « it whas ordained, that no citizen should be put to death. This exemption was in the extreme of lenity, and

erroneous in its foundation. *Capital executions are in all states necessary.* » Nec aliter sensit ROMILLY. Licet enim hic Vir, verae neque simulatae Humanitatis laude praestantissimus, in Anglici Imperii Comitiis capitalis poenae, legibus Anglicis in *levissima furta constitutae*, abolitionem rogaverit, quod jam TH. MORE in sua Utopia, edit. Glasg. anni 1750, pag. 21 et 39 desideravit, ille tamen minime absolutam summi supplicii abrogationem voluit, ut videri potest ex ejusdem : Speeches, Vol. I, London 1820, pag. XXXI. « I confess to myself *it seems absolutely impossible to omit death in the catalogue of human punishment;* for if the Criminal will not submit to the punishment prescribed, if he escapes from prison, and commits new crimes, he must at last be punished with death. So it is, at least in the Utopia of Sir Thomas More. You will not however, I hope, conclude from this, that i am perfectly satisfied with the penal Code of my country, where theft and every species of the crimen falsi are punished with death. » Aliud vero est rogare poenae capitalis abrogationem, ubi ea in delictum non quadrat, aliud rogare absolutam ejus abolitionem. Illud neque vero hoc voluit humanus et felix Legum Anglicarum reformator, adeoque ipse quondam rogavit legem : « that in lieu of the old judgment in cases of high treason, the offender should be sentenced to be hanged by the neck until he was dead, and that his body should be at the King's disposal, » quae ejus rogatio legitur eodem vol. pag. 461.

Praeterea cum Romilly in suo opere : Observations on the Criminal Law of England, as it relates to capital punishments, London 1813, impugnaret pag. 80 et sqbs sententiam Philosophi PALEY, in ejusdem : principles of moral and political Philosophy, new edit. Lond. 1824, pag. 374, expositam; controversia tantum movebatur circa quaestionem, quid praestaret : « to assign capital punishment to few offences, and inflicts it invariably, or to assign capital punishment to many kinds of offences, but inflicts it only upon a few examples of each kind. » Neque favit admodum Romilly nimio exercitio potestatis remittendi poenam capitalem ex legibus meritam. Et revera hujus potestatis abusu potissimum augeri videtur numerus criminum in Anglia, nam in Scotia, ubi poena capitalis *non minus frequenter* atque in Anglia legibus est constituta, sed *certius infligitur*, multo minor est crimi-

num frequentia. Hoc inter omnes constat, illud vero testatur Hume, Commentaries on the Law of Scotland, respecting Crimes, Edinburgh 1819, vol. I, pag. 12, quem locum etiam recepit Montagu, vol. II. pag. 127. Dicitur ibidem : « the infinite number of pardons, and commutations of punishment are in *England* found indispensable to the administration of Criminal justice, and compared with those that occur in *our* practice, in the proportion of at least *ten* to *one*, » et verissime adjicitur : « a difference which considered in any point of view, and especially with respect to its influence in the important article of the *prevention of crimes*, certainly will not be thought *to our disadvantage*. » Hoc etiam experientia confirmat, et cum in Scotia, ubi eadem atque in Anglia poenarum severitas, sed multo minor est indulgentia in poenis legitimis remittendis, criminum ipsorum numerus multo minor sit, manifeste patet, auctum in Anglia maleficiorum numerum minus poenae capitalis frequenti *exsecutioni*, quam ejus frequenti *remissioni*, contra legum jussa usu introductae, adscribendum esse. Alias hujus rei causas, quarum communiter poenae capitalis adversarii nullam plane rationem habent, docemur ex libello : Report of the select committee of the house of commons, appointed to inquire into the increase in the number of Criminal Commitments and convictions, Lond. 1827, et ex iis quae de rogatione, ad similem inquisitionem hoc quoque anno instituendam, 29 Febr. hujus anni a Cl. Peel in Comitiis facta, publice ibidem dicta sunt. Et haec nostram sententiam admodum confirmant. Relatio illa vero collata est in : the Jurist, nr. III. pag. 458 et sqbs, cum excellentissimis tabulis : Comptes généraux de l'administration de la justice criminelle en France, pendant 1825 et 1826, quas tabulas mihi quoque Parisiis Vir Illustris Guerry de Champneuf humanissime donavit. Ceterum qualiscunque sit in Anglia consuetudo contra legum jussa reis indulgendi, multo frequentiores tamen quam in Franco-Gallia, in illa terra poenae capitalis executiones sunt, si eas ad numerum maleficiorum aestimamus, quae in utroque Regno in universum committuntur, et nihilominus criminum numerus cum civium numero aestimatus major est in Franco-Gallia quam in Anglia. Hujus rei testes habemus : La Revue encyclopédique, Tom. XXXIV. pag. 371, Tom. XXXVII. pag. 255, et : the Jurist. l. l. praecipue pag. 473 et sqbs. Ut vero illuc redeam, unde exiit haec animadversio, scriptionis

anonymae superius laudatae auctori false Eruditos quosdam suae sententiae addictos nominanti propria ejus verba objicienda esse videntur, si scilicet ille unquam legerit Virorum illorum opera : « qu'il se donne la peine de les rélire, et il reconnaîtra alors, en homme franc et loyal, qu'il s'est trompé. »

Praeter ea vero quae jam monuimus, multa alia falsissima in ejus libello continentur; falsissime enim ab eo quoque repetitur illud jam aliquoties contra veritatem dictum, poenam capitalem in Honnovria, in Ducatu Badensi et in Re Publica Valesiensi abrogatam esse, qua de re *ne cogitatum quidem* in his terris unquam esse, *superius probavi*. Nec in Luisiana adhuc ultimi supplicii absoluta abrogatio *sancita*, sed solummodo *rogata* est. Abolitionis *noxios* effectus in Hetruria itidem superius *demonstravi*, et simul docui, parum adcurata esse ea quae vulgo de illa abrogatione in Austria et Russia sancita, feruntur. Addenda ad haec jam a nobis relata sunt sequentia. In ipso Codice Josephi II, art. 20, poena capitalis pro uno saltem casu constituta erat, et Leopoldus II. Imperator, qui cum Ducatum Hetruriae regeret, ibidem poenam capitalem abrogavit, eamdem in Austria restituendi consilium iniisse, adeoque SONNENFELS, qui *omnium primus*, et *ante* ipsum BECCARIAM, versus finem saeculi superioris, inutilem illam poenam publice declaraverat, postea sententiam suam mutasse videtur. Nam ejus Codicis, qui anno 1796 pro Gallicia Occidentali et anno 1803 plane idem pro tota Austria sancitus est, scripturam jam Leopoldus jusserat, atque Sonnenfels ei scribendo praeerat, qua de re conferatur : ZEILLER, jæhrlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oestreichischen Staaten, Wien 1806, Band I, pag. 90, et : JENULL, das Oestreichische Criminal-Recht, Grætz 1820, Band I, pag. 75. In hoc vero Codice summum supplicium in plura crimina irrogatur. — Verisimiliter etiam nuntius poenae capitalis ab Imperatore Nicolao nuper in Finnia abrogatae alicui errori originem debet. Dubitare saltem licebit de veritate ejus nuntii sine probatione prolati a scriptoribus, qui alia multa facta minus vera pro veris nobis tradiderunt.

Monendum hic etiam est, in examinanda ea quaestione, num poena capitalis in aliquo Codice frequentius quam in altero sit constituta, non hoc

solum videndum esse, quoties facta sit in utroque Codice verbalis mentio summi supplicii. Nam certissimum est, e. g. Codicis poenarum Franco-Gallici artt. 2, 59 aliisque, licet in iis poena capitalis non sit memorata, eam poenam tamen in facta *permulta* irrogari, in quae ex aliis Codicibus poena multó *levior* infligenda est. Communiter alia ratione computatio instituitur ab iis, quibus in animo est vel severitatem vel lenitatem alicujus legis demonstrare. In omnibus autem rebus inspicienda est aequitas, et quae animorum commotione scribuntur, nec in legumlatione nec in Juris Doctrina proficere aliquo modo possunt. Ex hac causa etiam multi eorum qui Philanthropos nostra aetate se jactitarunt, facta multa longe aliter viderunt, atque ea in rerum natura exstabant. Nonnulli denique versus finem saeculi superioris Philanthropiae speciem prae se tulerunt a vera Philanthropia remotissimi. Tristissimum ejus rei testimonium dedit homo famosissimus Marat, qui anno 1780 in Helvetia opus edidit ad humanitatem poenarum commendandam, adeoque in secunda ejusdem editione Parisina anno 1790 gloriatus est, praeceptorum suorum nonnulla in Codice Josephino Austriae esse sancita! Hujus viri auctoritatem invocare non magis cupient Philanthropi nostrae aetatis, quam poenae capitalis defensores bene cordati JCti Muyart de Vouglans concordantem sententiam gloriabuntur, licet ejus opera anno 1813 in Italia in collectione *Dei Classici Criminalisti* recepta sint, cujus collectionis auctores Codicem Franco-Gallicum anni 1810, *perfectissimum Codicis exemplum* praedicarunt! Longe tamen abest, ut bonam fidem Philanthroporum nostrae aetatis in levissimum dubium vocare velim, neque in animo mihi est irridere eorum conatus, sicut in libello inscripto: *the spirits of the age*, insito in: *the New Monthly Magazine,* nuper Hatzlitt de ipsius Benthami systematica Philanthropia scripsit. Cf. Censura Benthami in: Kritische Zeitschrift, Tübing. 1827. Vol. I. fasc. 1. pag. 1 et sqbs.

Sufficiet mihi demonstrasse, a veritate discedere facta permulta, quibus cum maxime poenae capitalis adversarii inniti solent. Ceterum persuasum habeo, necessariam, licet parcius infligendam, illam poenam esse, multoque majora defensorum ejus quam oppugnatorum nomina esse atque in Juris Doctrina merita. Facta nonnulla a veritate discedentia etiam Heiberg adlegat in suo opere: De la peine de mort, extrait du journal de législation

et de jurisprudence, Paris 1821, pag. 11 et 14. De opere a Viro ingeniosissimo Lucas scripto pauca addere liceat. Ratio, qua Vir Cl. praecepta *Ethica a Juris praeceptis distinguit*, pag. 43 et sqbs, plane eadem est, qua ante hos centum annos Ch. Thomasius hanc distinctionem definire conatus est, et qua Juris naturalis Doctrinam minime profectam esse, in Germania jam a longinquiori aevo Eruditi communi consensu declaraverunt. Similem tamen sententiam in Italia quoque nuper Romagnosi professus est, et mirum hoc videri non potest, cum in aliis operibus de Jure naturali nostra aetate in Franco-Gallia et Italia editis a Viris Cl. Cotelle, Fritot, Lampredi aliisque adhuc praevaleant Pufendorfiana praecepta. Quae vero de *fine poenarum* Cl. Lucas dixit pag. 212 et sqbs, quibusque in sententiam discessisse videtur a Cl. Cousin in Gallica Platonis interpretatione prolatam, ea nuperrime impugnata sunt in : the Jurist, nr. III. pag. 354, ubi Virorum laudatorum sententiae cum iis conferuntur, quas de eodem argumento jam dudum exposuerunt in Germania Kleinschrod, Feuerbach, Vezin aliique. Res facti quibus ad opinionem suam probandam Lucas ad exemplum aliorum innititur, magnam partem probatas non esse, adeoque contraria probatione infirmari posse, jam docui. Eum denique in argumenti sui demonstratione quasi *Mathematica*, subinde in id incidisse quod *errorem calculi* vocant Mathematici, egregie explicuit : the Jurist nr. III. pag. 470 et sqbs, ex quo loco notatu digna sunt haec verba : « Although few of our readers may feel any disposition to follow the hasty steps of M. Lucas, and to emulate either his dialectics or his rhetoric; yet, as the contemplation and comparison of such painfully interesting documents may not only furnish food for speculation, but lead to many safe conclusions and beneficial consequences, we have annexed, in addition to the Tables of M. Peyronnet, the Parliamentary Returns of the Committals upon criminal Charges in England and Wales, during the seven years 1820-1826, and a short summary of the criminal prosecutions in Spain, in 1826. Upon these statements a thousand systems may be built by those that have talent and taste for systematising; — a thousand fanciful schemes and airy hypotheses; but the philosopher, the statesman, and the general philanthropist will also be able to derive thence no small accession of that knowledge, — the knowledge of facts, — upon which alone can be founded any measures of moral or

legislative improvement. » Verissimum hoc, et hinc sanctum esse videtur officium, adcuratissime factorum veritatem inquirere, ex quibus politicas consecutiones deducere velimus. Quod autem officium a multis neglectum est, qui eloquentiae impetum sequi maluerunt, quam ejus vim laboriosa disquisitione frenare. Quaedam Viri ingeniosissimi Lucas opiniones nuperrime etiam Vir Clar. Taillandier improbavit, Revue Encyclopédique, Février 1828, Tome XXXVII. pag. 382, et hujus Viri sententia maximam partem verissima mihi videtur.

Adversariorum poenae capitalis scriptionibus celebrari etiam solet Lex Portia Romanorum, qua poena capitalis abrogata esse dicitur. Lex vero haec non nisi pro *civibus* scripta erat, qui *minorem* numerum hominum in orbe Romano tunc viventium constituebant, et praeterea ex loco Ciceronis, in libris recens repertis de Re Publica, aliisque locis dubitari posse videtur, num ista Lex pro ipsis civibus supplicia omnino sustulerit. Verisimiliter enim non nisi *jus provocationum* legis Portiae lator spectavit, et hoc potissimum adjecta sanctione efficere voluit, nequis civis *injussu populi* summo supplicio plecteretur. Nullum dubium est, post ipsam legem Portiam cives praecipue si *pro hostibus essent declarati*, in comitiis *more majorum* capitis damnari et morte puniri potuisse. Cf. Schweppe, Rechtsgeschichte, Gœtting. 1826, § 603, et Trummer, Criminalistische Beitræge, vol. II. pag. 192. — Aliud factum adcuratiori examine dignum ab Anglorum Historiographo Celeb. Hume refertur : history, chap. XXXIII. § ult. Henrico VIII. scilicet regnante severior justitiae administratio et disciplinae publicae strictior exercitio introducta est. Ex causa vero quam in ipsa Oratione memoravimus, ante ejus regnum magna invaluerat criminibus indulgendi consuetudo, qua re legum sanctio incerta facta et magna orta esse videtur delinquendi quoque consuetudo. Cum vero malae consuetudines non statim everti soleant, magis severa criminum persecutione introducta multi reperiebantur poena capitali adficiendi, et hinc mirandum non est, ingentem narrari suppliciorum exactorum copiam ex aetate illius Regis. Ex argumentis, quibus utuntur poenae capitalis adversarii, tot supplicia exacta augere debuissent indies criminum numerum. Nihilominus autem Elisabetha regnante, licet nec legum severitas minueretur, nec minus severa esset judiciorum exercitio, ad-

modum minuta est criminum copia, quod, ut putat Hume, magnam probat morum emendationem; quae etsi alias quoque habuerit causas, pro parte saltem introductae majori severitati quaestionum Criminalium sub Henrico VIII. adscribi posse videtur. Monendum denique est, in Franco-Gallia post datam 1824. judicibus potestatem, infanticidarum poenam capitalem remittendi, infanticidia minime minuta videri. Cf. Gazette des tribunaux, Nr. 780 et 782. Cours d'assises des deux Sèvres et du Doubs.

(3) Diximus superius not. 16. de iis qui *Rici Homines* adpellabantur ab Hispanis. Clar. Savigny vero, Histor. Vol. IV. pag. 467, laudat quosdam locos ex antiquis Juris fontibus, ex quibus patet, in Gallia et Italia quoque voces *riches hommes*, *ricchi uomini*, ex voce *Rachinburgi* descendentes, diu in usu fuisse. Monendum tamen est, Virum Cl. Ducange, quem laudat Savigny, dicere in suis : observations sur l'histoire de S. Louis, pag. 51 : « *Ricos ombres* sont ceux qu'on appelle en France *les Barons*. » Idem scriptor dicit, in Arragonia et Catalonia distingui inter *Richs homens de natura*, et *Richs homens mesnaders*, quod non admodum quadrat in ea quae superius a nobis ex scriptore Hispano relata sunt. Conferri cum his possunt ea quae de *Arimannis* et *hominibus de Masnada* nuper scripsit Bossi, istoria d'Italia, Milan. 1821, vol. XIV. pag. 575, et quae pro parte corrigenda sunt ex Savignio, vol. I. pag. 160 et sqbs, vol. II. pag. XVII et sqbs, vol. III. pag. 92. Conferatur quoque laudatus a Savignio Guizot, essais sur l'histoire de France, Paris 1823 pag. 233, et Thierry, lettres sur l'histoire de la France, epist. XIV. not. 1, in quam notam non quadrat id quod dicitur epist. X. not. 3. Vocabulum *riche homme* quod in libro dicto *assises de Jerusalem* legitur, redditum est *grandi homini* in antiqua interpretatione Italica, ut refert Savigny, vol. IV. pag. 467, et Pierre Des Fontaines quoque in suo : *conseil à mon ami*, édit. de Ducange pag. 84, promiscue utitur verbis *rices homes* et *haus homes*, contra saepius ab eodem inter *frans homes* et *vilains* distinguitur. Notatu dignum porro est quod legitur in Repertorio Fororum Arragoniae, sub voce *infantiones:* « Ideo *Hermunii* dicuntur quia immunes sunt ab omni munere, itaque nemini dare seu servire ex necessitate tenentur, quibus insunt libertas et conditio de eo tempore, quod non stat memoria. » *Rici homines* vero, ut jam dixi, ab *Hermuniis* jam antiquitus in

Hispania distinguebantur. Ejus rei probatio etiam invenitur in : Nicolai Antonii Bibl. Hispan. Vet. edit. Rom. I. pag. 34, ubi de avo Roderici Ximenez, Archiepiscopi Toletani, hoc auctore, praedicatur, eum fuisse *procerem* ex numero eorum qui *ricos hombres* vulgo fuerint adpellati. Ibidem pag. 99. docetur, Clar. Scriptorem H. Blancas, in Comment. Rer. Arragonensium, Hispan. Illustr. T. III, pag. 729, locum de antiqua *Ricorum Hominum* dignitate tractasse, et multa ibi retulisse ex antiquiori Scriptore, scilicet E. P. Sala-Nova, qui saeculo decimo quarto floruit, Juris Patrii totiusque Antiquitatis peritissimus. — Ricos homines eosdem fuisse ac hodie *Grandes* dicuntur, demonstravit etiam Sempere Hispanus, in opere Gallice scripto s. t. Histoire des Cortès d'Espagne, Bordeaux 1815, pag. 41, ubi praeterea inter *ricos hombres* et *hidalgos*, *hijos dalgo*, *fils de bien* distinguitur. Cf. pag. 29 et 116, ubi inter *ricos hombres* et *buenos hombres* distinctum fuisse dicitur. Ceterum de illius vocis origine errare videtur JCtus Hispanus, ut ipse M. Del Molino, Repertorii fororum auctor. Cf. porro ex illius opere pag. 30, 156, 159, 161. Ex his locis docemur, in Hispania in usu etiam fuisse vocabulum *Rico-hombria* ut in Italia *Arimanniae* nomen commune erat, et privilegia illa ex quibus Arragonenses e. g. in judiciis suis tormentis subjici non poterant, 1283 Petrum III. concessisse, a Regni Ordinibus coactum. Refertur etiam aliquod notatu dignum ab Alphonso III, Petri filio dictum : « tot esse in Arragonia reges quod ricos homines. » Cum locis supra de Ricis Hominibus laudatis ex Alphonsi Codice conferri quoque possunt adnotationes Gregorii Lopez et Josephi Berni y Catala in edit. Valent. anni 1767. fol.

In Lusitania *ricum hominem* ab Auctoribus modo pro magistratu, modo pro eodem ac *bono viro* haberi, et in antiquis documentis praeter *homens de Religião* et *Vassallos* nominari *Ricos homens*, praeterea in iis subinde inveniri voces *homens bons*, *moços fidalgos*, tum *homines boni* vel *filii bene natorum*, fere ut in Belgicis documentis verba *goede mannen*, *welgeboren mannen* legerentur, jam indicatum est a Discipulo nostro Ornat. Van die Voet, de origine Consuet. Belgic. Lovanii 1827, pag. 33 et sqbs, potissimum ex Mellii Freirii historia Juris Lusit. Olisip. 1788, ejusdem Institutt. Jur. Civil. Lusit. Vol. I. Olis. 1789, et : F. Coelho de Souza E. S. Paio, pre-

lecçôcs de dereito patrio, Coimbra 1793. Addi debet ad hos locos, laudatt. Institut. Jur. Civil. Lusit. Vol. II. Olis. 1794. pag. 19 et sqbs. 26 et sqbs, ubi de differentia inter *fidalgos* et *peões* seu *pedones* agitur, et illi vel *Rici homines* vel *infantiones* vel *vasalli* dicuntur, fere ut in Italia inter *capitanei*, *valvassores*, *cives* distinguebatur. *Cives* scilicet iidem erant ac in Lusitania *pedones*, municipes, plebeii, a *portagio* immunes. Cf. insuper quae in opere supra laud. Kort Vertoog van den ouden Stand der regtspleg. in Glossario s. v. *goede lieden* et *poorters* dicuntur. Differentia Belgica inter *welgeboren heeren* et *huysmannen* eadem est ac differentia Franco-Gallica antiqua inter *frans homes* et *vilains*. Cf. VANDIEVOET l. l. pag. 57 et pag. 38, ubi sermo etiam est de diversa liberorum Romanorum in Regnis Germanicis conditione, *possessoribus*que et *tributariis*, cui sententiae adnuit SAVIGNY, Vol. IV. pag. 467. extrem. His locis omnibus diligenter inter se comparatis patebit, non omnino adcurate dictum esse in opere : Esprit, origine et progrès des Institut. judic. par MEYER, vol. I. pag. 109 : « ce qu'atteste l'usage des Espognols, d'appeler les membres des Cortès *ricos hombres*; » licet per aliquod tempus soli *rici homines* in Hispania ad concilia illa vocarentur, quod in eorum conciliorum historia supra laudata expositum est. In eadem historia subinde sententia impugnatur MARINAE, cujus opera Matrit. 1808 et 1813 edita, nota sunt. SCHOUTEN, in dissert. laud. de probat. delict. pag 56, de Rachinburgis parum adcurate loquitur.

(4) Ad ea quae not. 16. de publici accusatoris munere dixi, addendus est locus ex MITTERMAIERI opere ut novissimo ita praestantissimo : Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Particular-Gesetzbücher, und in genauer Vergleichung mit dem Englischen und Franzœsischen Strafprocess, vol. I. Heidelb. 1827. pag. 185, ubi alia quoque de ministerio publico scripta a ROBBILLARD, SICCAMA aliisque vel notioribus vel a nobis jam laudatis, indicantur. Ejusdem operis Vol. II. hoc ipso mense Martii Heidelbergae prodiit. Cf. porro MITTERMAIER, LŒHR et THIBAUT, Archiv für die civilistische Praxis, Vol. X. fascicul. 3. Heidelb. 1827, pag. 432; in quo loco JCtus Mittermaier novam nostram legem Judiciariam cum lege Judiciaria Bavariae novissima, ut in opere superius laudato quaestionem Criminalem in Germania usitatam cum Franco-Gallica et Anglica, contulit.

Idem JCtus in opere: Der gemeine Deutsche bürgerliche Process, Bonn 1822-1826. IV. Beitraege, Ordinem Judiciorum Civilium Germaniae Communem, cum novissimis Rei Judiciariae Germanicae progressibus, et cum Codicibus Judiciariis Gallico et Borussico, aliisque nuperrime sancitis, praecipue Genevensi, et eo qui s. t. *Code de procédure du Canton de Vaud*, Lausannai 1825 prodiit, egregia ratione comparavit. Quae omnia qui vel perfunctorie tantum legerit, facile sibi persuadebit, non ita tristem esse Rem Judiciariam Germanorum, ut eorum judicia adpellari possint *des chancelleries plus militaires que civiles*, ut nuper publice apud nos dictum esse audivimus.

Publici accusatoris munus antiquitus in Germania quoque notum fuisse, probatur multis documentis, potissimum Constitutione Criminali Maximiliani I. Imperatoris, anno 1506. sancita pro urbe *Radolphzell*, in cujus §. V. sermo est de tali accusatore *Stadtklaeger* vocato. Constitutio illa nuper primum edita a Vir. Consultiss. Walchner, etiam legitur in: Dalwigk et Falk, Eranien zum Deutschen Privatrechte, Heidelb. 1825-1826. nr. 5. Quantae ea sit utilitatis pro Historia Juris Criminalis Germanici, et Constitutionis Criminalis Carolinae interpretatione, Mittermaier et alii docuerunt. Similia vero Belgicae quoque Antiquitatis monumenta adhuc in manuscriptis latent, quae si in lucem ederentur, admodum, ut equidem persuasum habeo, non solum Juris Criminalis Belgici Historiam, verum etiam Historiam Rei Judiciariae omnium populorum Germanicorum illustrarent. Vir Clar. et Collega conjunctissimus Warnkoenig manuscriptum possidet notatu dignissimum, saeculo XV, ut videtur, exaratum, in quo praeter alia Juris Leodiensis monumenta antiqua jam typis descripta, nonnulla adhuc inedita continentur, quorum vero edendorum Vir. Cl. consilium iniit. Eadem ille humanissime mecum communicavit, et inter ea praecipue distinguenda sunt Statuta Criminalia anno 1328, pro civitate Leodiensi sancita ab Episcopo Adolpho, postquam ea, ut dicitur, rogaverant *li maistres, jureis, gouverneurs et li universiteit de la citeit*, quia, ut itidem dicitur, malefici *ne povent par la loy anchine, que on appelle la Loy Charlemangne, ... que les esquevins wardent et on wardeit anchiment .... estre corrigies de leurs meffais suffisamment*. Nova lex anni 1328, 78. artt. continens, nonnisi in 16 annos

sancita est, magnam tamen partem vim suam conservasse videtur usque ad Constitutionem Criminalem Carolinam introductam. Plurima maleficia illis statutis pecunia luuntur, subinde etiam dicitur : *serat banis dois ans hors de la citeit et franchise*, vel : *serat albain et perdrat sa borgesie a tous jours.* Art. 73. sancitur : « *Ces dis status doent wardeir mentenir et jugier 24 personnes, que nos evesque de susdis eslirons cascun ans dedens les jureis vies ou nouials*, » et art. 78 : « *Li jureis de cecain vinale pulent et aent inquerir et jugier des meffais, qui adueront en leur vinale ou dehors la citeit a plus pres de leurs vinals.* » — Distinguebatur igitur eo tempore inter *jureis de la citeit* et *jureis de vinale*, fortasse ut alibi inter *echevins de la Keure* et *echevins des Viersharen*, qua de re conf. RAEPSAET Analyse de l'origine des droits des Belges, Vol. III. pag. 290, et VANDIEVOET l. l. pag. 57. — Statutorum Criminalium de quibus modo diximus, plura adhuc manuscripta exstant Leodii, illud autem quod est Collegae nostri, insuper quaedam additamenta notatu digna habet, e. g. *Moderation fet sur les status et gouvernement de la citeit, de* 1331, in cujus art. 5. dicitur : « *les dois maistres, XL jureis, et IIIIXX consilhiers pulent et doent suffir por gouverner la citeit.* Hi vero *consilhiers* distinguendi sunt ab illis 24 *jugeurs*, quorum fit mentio in statutis anni 1328. — In aliis quoque urbibus *scabini* et *consiliarii* adhuc saeculo decimo sexto distinguebantur apud Belgas, et tam hi quam illi adesse debebant judiciis, ut videri potissimum potest ex opere : Van de Grootdadigheyt der Regeringhe van de Stadt Brugge, beschreven door J. DE DAMHOUDER, in 't Nederlantsche overgezet, Amsterd. 1648. Ex hoc opere alibi probabo, illos *consiliarios* eosdem fuisse atque *sagibarones* in legibus antiquioribus, eoque egregie confirmatur sententia de horum virorum proprio munere proposita a Vir. Clar. MAURER in suo libro : Geschichte des Altgerm. Gerichtsverfahrens, Heidelb. 1825.

Ut vero redeamus ad argumentum nostrum; de origine ministerii publici quaedam etiam nuperrime scripta sunt in opere : Des conflits, par BAVOUX, Paris 1828, Tom. I. chap. 12. Plura denique ad illustrandam hujus Instituti naturam pertinentia, leguntur in Dissert. excellentissima quam de Philosophia Juris in genere et potissimum Juris Crim. edidit Hamburgi 1827. TRUMMER, Criminalist. Beitræg. Vol. III. fascic. 2. pag. 251-279.

CORRIGENDA.

Pag.	27.	linea	ultima,	pro	*possuut*	lege	*possunt.*
—	56.	—	5.	—	*liberalite*	—	*liberalitate.*
—	—	—	10.	—	*Anne*	—	*Annee.*
—	61.	—	4.	—	*supeditaretur*	—	*suppeditaretur.*
—	62.	—	9.	—	1790	—	1791.
—	63.	—	15.	—	*I Liég e*	—	*I. Liége.*
—	99.	—	5.	ab imo, post verba : *Sectionibus quas vocant*, adde haec : item ea quae ad novi Codicis praecepta explicanda, summus Praefectus Rerum ad Justitiae Administrationem pertinentium exposuit.			
—	102.	—	8.	post verba : *Groningae* 1826, adde haec : videatur de hoc opusculo : Neues Archiv des Criminalrechts, Vol. IX. fascicul. 4. pag. 73.			

Addere denique hic liceat nuntium in recentissimis paginis Diariorum nostrorum contentum, verisimiliter non amplius hoc anno exemplum novi Codicis poenarum ab Ordinibus nostris peroratum iri. Nec dum exemplum novi Codicis quaestionum Criminalium typis traditum esse videtur. Apud Franco-Gallos etiam novum poenarum Codicem Maritimum parari, et a Viris ad eum scribendum delegatis postea, quae illius Codicis sanctiones ad naves mercatorias sint accomodandae, examinatum iri, audivimus.

VIII.

XAV. CAR. EUG. LELIÈVRE

COMMENTATIO

AD

QUAESTIONEM JURIDICAM.

XAVERII CAROLI EUGENII LELIÈVRE,

NAMURCENSIS,

IN ACADEMIA LOVANIENSI NUPER JURIS STUDIOSI,
JAM DOCTORIS JURIS ROMANI ET HODIERNI,

COMMENTATIO

AD QUAESTIONEM AB ORDINE JURECONSULTORUM PROPOSITAM:

Quaeritur, qua via et qua ratione ducti Galliae Legumlatores pervenerint ad constituenda ea quae Codicis poenarum, quo adhuc utimur, articulo secundo constituta reperiuntur? Quae sit hujus articuli vera sententia, et quatenus cum hac sententia ipsa verba congruant? Quantum denique illa praecepta et a ratione Juris Criminalis et ab aliorum populorum legibus discedant?

QUAE PRAEMIO ORNATA EST.

Magistratus Dei minister est, tibi in bonum. Si autem malum feceris, time; non enim sine caussa gladium portat.
Apost. ad Rom. cap. 15. vers. 4.

PROOEMIUM.

Quum quaestiones ab Amplissimo Jureconsultorum Ordine propositas perlegissem, non sine quadam voluptate vidi eas ad Jus Criminale pertinere, et praesertim mihi placuit argumentum de Conatu Delinquendi; quamobrem de ea re disputationem scribere constitui. Sed altera ex parte ab hoc consilio me deterrebant permultae difficultates; mihi enim omnino perspectum erat, summum ingenii acumen atque magnam rerum criminalium experientiam desiderari in eo qui de ejusmodi argumento, inter Clarissimos Scriptores tantopere agitato, recte disserere vellet (1), et ideo vires meas tam gravi oneri prorsus esse impares persuasum habui. Nihilominus indulgentia Clarissimorum hujus Celeberrimae Aca-

(1) Conf. Mittermaier, Beitræge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, neues Archiv des Criminalrechts, I. pag. 164. — Wintgens, de conatu delinquendi ejusque puniendi ratione, Groningae 1822. pag. 6. — Philipse, de conatu delinquendi, Lugd. Bat. 1822, in prooemio.

demiae Praeceptorum fretus, hujus operis periculum faciendum esse credidi. Benigne igitur accipite, Viri Clarissimi, hancce commentationem, non solum non numeris omnibus absolutam sed adeo plurimis vitiis scatentem. Quod si quaestionibus propositis minus apte respondisse videar, mihi tamen benevolentiam non denegetis. Ceterum haud immerito nonnihil solatii afferet cogitatio, me Juri Criminali studium ac tempus impendendo oleum et operam non perdidisse.

In hac autem disputatione ordinem eumdem sequi conatus sum, qui indicatus esse ipsa quaestione videbatur; quare utile duxi, disputationem dividere in tres partes, quarum in prima viam atque rationem qua pervenerit legum lator Gallicus ad id constituendum quod in articulo II. Codicis poenarum nostri continetur, exposui. Quum autem ille finis rite attingi non posse videretur, quin de legibus antiquitus in Gallia servatis sermo fieret, disserendum esse putavi de legibus populorum, a quibus Franco-Galli quaedam Juris sui Criminalis praecepta receperint, ideoque Romanorum potissimum sententiam de conatu delinquendi, praeterea quae consuetudine in Gallia fuerant introducta, explicare. Postea veram articuli II. sententiam disquirere atque rationes quibus unaquaeque dispositio niteretur, explanare tentavi. In secunda autem parte examinavi, quatenus articulus II. ab ipsa ratione Juris Criminalis recederet, et ideo de poena conatus ex rei natura uberius egi. Tandem in tertia parte, quae apud diversos populos recentiori aetate circa conatum delinquendi constituta sunt, narravi atque inter se contuli.

CONSPECTUS TOTIUS DISPUTATIONIS.

PARS PRIMA.

QUA VIA ATQUE RATIONE LEGUMLATOR GALLORUM PERVENERIT AD ID CONSTITUENDUM QUOD IN ARTICULO II. COD. POEN. CONSTITUTUM LEGITUR, ET DE VERA ARTICULI SENTENTIA.

CAPUT I.

De Doctrina conatus delinquendi in genere.

I. De notione conatus, et num culpa contrahi possit conatus delinquendi?

II. De conatus divisione ex rei natura.

III. De distinctione conatus in proximum, propiorem et remotum a quibusdam proposita.

IV. Aliae de conatus divisione sententiae examinantur.

V. Refutatur sententia quam de ea re proposuit Philipse.

VI. An cogitatio primus sit conatus gradus?

VII. De divisione conatus legali sensu accepti.

VIII. De conatu reali et verbali.

CAPUT II.

De doctrina conatus apud Hebraeos, ex Literis Sacris quae antiquitus in Gallia aliquam vim habuerunt in Jure Criminali.

A*

CAPUT III.

De conatu ex Jure Romano.

CAPUT IV.

De Conatu ex Jure Franco-Gallico ab antiquissimis temporibus usque ad Codicem anni 1791.

CAPUT V.

De legibus Franco-Gallicis circa conatum a Codice anni 1791 ad Codicem poenarum 1810, quo adhuc utimur.

CAPUT VI.

De articuli II. Codicis poen. hodierni vera sententia atque rationibus quibus ille nitatur.

PARS SECUNDA.

QUATENUS ARTICULUS II. A RATIONE JURIS CRIMINALIS DISCEDAT.

CAPUT I.

An merito legumlator Gallorum conatum poena affecerit?

I. Quaedam praemittuntur de fine poenarum.

II. Jus esse civitati puniendi conatum demonstratur.

III. An merito Codice in conatum remotum generali sanctione non animadvertatur?

IV. Examinatur sententia eorum qui non nisi perfectum quod vocant crimen puniendum esse contendunt.

CAPUT II.

Varia articuli II. vitia exponuntur.

I. Conatus proximus, quo commisso a consummando maleficio adhuc sola auctoris voluntate recedi potuisset, licet non voluntas auctoris consummationem impedierit, levius quam crimen consummatum puniendus est, ex *ratione Juris puniendi.*

II. Infirmantur quorumdam auctorum huic positioni adversantium sententiae.

III. Idem probatur ex *ratione politica.*

IV. An varii in conatu proximo gradus a lege distinguendi sint, et eo major poena in conatum sit infligenda quo propius ad consummationem accessum fuerit?

PARS TERTIA.

DE CONATU MALEFICIORUM EX LEGIBUS ALIORUM POPULORUM EUROPAEORUM.

CAPUT I.

Examinantur Legum ipsa praecepta.

CAPUT II.

Exposita Juris, apud diversos populos circa conatum constituti, praecepta summatim comparantur cum Jure Franco-Gallico, adhuc apud nos servando, et pro Jure apud nos constituendo desideria quaedam manifestantur.

Praeter Jura diversorum populorum in praemisso conspectu nominata, alias insuper allegare potuissem leges; quarum praecepta circa conatum proposita a Jure nostro et Art. II. Codicis Poenarum Franco-Gallici sanctione discedunt. Cum tamen hae leges, vel propter populorum pro quibus eae scriptae sunt, cultum, vel propter temporis quo eae sancitae sunt, distantiam, ab aetatis nostrae necessitatibus nostrique Regni conditione nimium fortasse abhorrere viderentur, eorum praecepta silentio praeterire eo magis constitui, cum nec ex sententia Nobilissimi Ordinis, cujus quaestioni res-

pondendum erat, horum praeceptorum omnium examen requiri putarem. Neque, cum tantum Juris nostri comparatio cum legibus, apud alios populos *sancitis*, in illa quaestione spectari videretur, de legibus, apud diversos populos nuper *rogatis*, uberius dicendum esse credidi, quamvis in quibusdam earum egregia circa conatum praecepta rogata viderem. Ratione singularum tamen Europae regionum ab hoc proposito recedere volui, cum in iis non aeque atque in aliis novae leges jam sancitae conspicerentur, ad art. II. vero nimiam severitatem demonstrandam utile videretur, exponere, quantum ille a communi sententia quamplurimorum Legumlatorum aetatis nostrae, et a communi cultiorum populorum Europaeorum sensu discederet.

PARS PRIMA.

CAPUT I.

DE DOCTRINA CONATUS DELINQUENDI IN GENERE.

§ I.

De notione conatus, et num culpa conatus delinquendi contrahi possit?

Si quis factum illicitum et lege poenali tamquam delictum vetitum committere intendens, manifestaverit illud consilium actibus externis quibus ad perficiendum illud factum perveniretur, neque tamen actus hi exitum spectatum habuerint, delicti vel delinquendi conatum ille dicitur fecisse. Conatus igitur dici potest factum vel facti omissio cujus ope quis aliud factum a lege sub poena prohibitum efficere voluit quin re vera hoc aliud factum sit secutum. Haec definitio ab omnibus fere auctoribus comprobatur vel saltem

aliis verbis idem sensus exhibetur (1). B. A. Wintgens (2) duplicem condit conatus definitionem, priorem quam *theoreticam* dicit, posteriorem vero *practicam* sive *legalem*. Theoretico sensu quis delictum conatus esse dicendus est ex illius sententia, quamdiu delinquens finem quem sibi proposuerat non attigit, v. g. si quis voluerit hominem occidere, quaecunque commiserit eum in finem ut hominem occideret, ea omnia donec ejus propositum successum prosperum habuerit, *conatus* nuncupandi (3). Sensu vero practico sive legali conatus tunc solummodo commissus intelligitur, quando facta a delinquente commissa nondum notioni delicti a lege propositae respondent, id est, quum omnes notae quas lex requirit ad delictum, nondum adsunt. Si vero adsunt hae notae, delictum consummatum est, licet facti auctor finem suum nondum adtigerit. V. g. si quis falsum voluerit com-

(1) Conf. Legraverend, traité de législation Criminelle en France, vol. I. pag. 91 et sequent.—Vanderton, disput. de delictorum divisionibus, Lovan. 1822. pag 49 et seq. — Philipse, disp. de conatu delinquendi, Lugd. Bat. 1822. pag. 5 et 9. — Cropp, commentatio de praeceptis Juris Romani circa conatum, Heidelb. 1813. pag. 35 et seqq. — F. Lefevere de conatu delicti, Gandavi 1820 pag. 6 et 8. — Romagnosi, genesi del diritto penale, Milan 1823. Vol. II. pag. 164 et seq. — Desmet, de legitima sui defensione, Lovan. 1824. pag. 11. — Merlin, répertoire de jurisprudence s. v. *tentative*.

(2) Disputatio inaugur. de conatu delinquendi pag. 13 et sq.

(3) Conf. Savigny, de concursu delictorum formali, Marb. 1800 pag. 13 - 15, 113, 117, 118. Conf. Schroeter, Handbuch des peinl. Rechts. Tom. I. § 84.

mittere ut inde lucrum injustum perciperet, quamdiu facta ab eo ad hunc finem nondum ea sunt quae art. 145. Cod. poenar. describuntur, nondum adest consummatio criminis sensu practico, simul ac vero adsunt illae notae, de conatu amplius sermo esse nequit, sed crimen perfectum est, quamvis reus finem suum non assecutus fuerit, lucrum nempe quod ex documento falsificato sperabat, non perceperit, ideoque nondum adsit criminis conatus in sensu theoretico. Quam sententiam fuse explicat idem auctor Wintgens pag. 35 et seq. et iisdem principiis nititur definitio conatus quam condit pag. 15. « Conatus consistit in actibus externis ad delictum consummandum aut ad delicti definitionem lege exhibitam absolvendam paratis, quibus tamen deest is effectus quo delicti istius notio absolvitur (1). » Cum vero ratiocinia quibus utitur consultissimus ille auctor non omnino facile intelligi possint, quaedam de conatus notione practica quam vocat subjungere placet.

Saepissime scilicet lex definiendo aliquod delictum non requirit ad ejus consummationem ut laesio revera orta sit; sed sufficit reum omnes actiones commisisse quae in notione illius delicti continentur; quare in plurimis casibus factum tanquam *consummatum* consideratur a legibus *delictum*, dum

(1) Conf. KLEINSCHROD, syst. Entwickelung der Grundbegriffe, und Grundwahrheiten des peinl. Rechts, Tom. I. pag. 32 et 37. — MEISTER, princ. jur. crim. Gottingae 1811 § 37. — BEKE de supplicio infanticidarum, Gandavi 1823 pag. 26.

ex rei natura solummodo adesse *laesionis conatum* diceremus. E. g. crimen falsi quo quis lucrum injustum consequi studet ex nostro Codice *delictum* est *consummatum*, simul ac documentum falsificatum est, art. 145. Codicis; si tamen rei naturam spectemus, hoc nihil aliud est nisi *tentamen laesionis efficiendae*, falsum enim nihil aliud est quam conatus pecuniae injuste acquirendae (1). Si vero lex ipsa ad delicti consummationem aliquem requirat eventum, rectissime dicit Wintgens, etiam sensu legali tunc tantum dici posse delictum *consummatum*, si effectus ille evenerit, ideoque omnes actus quos fecit delinquens ad hunc finem assequendum, quin tamen eventus locum habuerit, esse *conatus* (2). Sic in infanticidio ex art. 300 Cod. poen. requiritur ut mors infantis secuta sit, contra in veneficio ex art. 301, mors non necessario secuta esse debet, ut delictum consummatum dici possit. Veneficii igitur et incendii crimina perfecta videntur jure nostro, etiam si nec ex veneficio mors secuta, nec ex igne injecto in aedes alienas incendium ortum fuerit. Unde sequitur, sensu legali saepe solummodo conatum exstare posse, si quis ad laesionem propositam actibus externis voluerit pervenire, hi tamen actus nec eventum intentatum habuerint, nec eas notas omnes quae in no-

(1) Conf. KLEINSCHROD, opere laud. Tom. I. § 33. — BOEHMER ad C. C. C. art. 111 et 178 § 6. — QUISTORP, Grunds. des peinl. Rechts, Tom. I. § 29 et ibi in notis.

(2) STELZER, Lehrbuch des teutschen Criminal-rechts § 438, seqq. et 443. — Conf. KEMPER, Crim. Wetboek, aanmerk. pag. 34 et seqq.

tione delicti a lege definita continentur (1). Definitio igitur quae tradi solet, *conatum consistere in actionibus externis ad notionem delicti in lege determinatam absolvendam tendentibus*, potius ad indolem legum positivarum accommodata est quam ad rei naturam. Si enim hanc spectantes sub crimine aliquam *laesionem* intelligimus, crimen est *consummatum* quando laesio intentata effecta est, facta vero a delinquente commissa ut exinde laesio eveniret, conatus dicendi. In legibus autem positivis in quibus non solum facta sub poena vetantur quae laesiones sunt, sed etiam permulta ratione laesionis inde oriturae, haec facta posteriora quoque tanquam propria et consummata delicta vindicantur, licet sint solummodo tentamina laesionum.

Distinguendum igitur esse videtur inter consummatum *delictum* et consummatam *laesionem*, et licet forte dici possit, omnia quae legibus poenalibus prohibentur, *ratione* alicujus laesionis prohiberi, non itidem recte dicitur omne delictum *esse* laesionem. Haec distinctio ullius momenti esse videtur in jure criminali, et certissime falsum testimonium aut documenti falsificatio tanquam conatus pecuniae injuste acquirendae sive tanquam conatus alicujus laesionis considerari potest, ex lege vero tanquam delictum consummatum,

(1) Conf. MITTERMAIER, Beitraege zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, l. l. pag. 3 et 166. — KLEINSCHROD, Tom. I. § 34. — FEUERBACH, Lehrbuch des peinl. Rechts § 42 et Revision der Grundbegriffe des peinl. Rechts, Tom. II. § 12, pag. 245.

etiamsi laesio ob quam illa facta a lege prohibentur, non fuerit effecta. Si enim delictum definitur factum in quod poena scripta est a lege, falso testimonio dicto consummatum esse videtur aliquod delictum. Sed alia est quaestio, num legumlator generaliter conatum omnium criminum puniendo punire voluerit eorum quoque criminum conatum, quae ex sua natura tantum conatus sunt laesionum, num igitur, etiamsi falsum testimonium dictum pro crimine *consummato* sit habendum, is quoque puniri debeat qui falsum testimonium dicere *conatus* sit? Ceterum quando factum pro consummato delicto habendum sit, saepius dubium esse et inde irrogatio poenae incerta fieri potest, ad quod dubium amovendum quondam in Codice pro Episcopatu Bambergensi scripto ita disseruit Pflaum (1) : « Ein Verbrechen soll dann für vollbracht angesehen werden, folglich dabey die in unsern Gesetzen demselben bestimmte Strafe der Regel nach zur Anwendung kommen, wenn *die vorgenommene gesetzwidrige Handlung dem Begriffe eines in unserm Gesetzbuche namentlich gedachten Verbrechens gemœss ist.* Bey der Frage daher ob ein Verbrechen für vollbracht anzusehen sey? kann der Mangel gewisser Umstænde die solches gewoehnlich zu begleiten pflegen, an und für sich in keinen Betracht kommen. » Dubium certe amotum est hac sanctione, num vero justitiae omnino sit satis factum, ambigi potest.

(1) Entwurf einer neuen peinlichen Gesetzgebung, Frankfurt 1772. § 11. pag. 8.

Ex principiis quae mox exposuimus, patet, nullo modo tanquam auctorem conatus maleficii judicari atque puniri posse eum qui delinquendi quidem consilium susceperit, sed nondum fecerit quidquam ad propositum suum exsequendum, licet ex aliis indiciis constet, revera cogitationem pravam eum habuisse. Jam a JCtis Romanis dicebatur *cogitationis poenam nemo patitur* (1), nuda enim criminis cogitatio nullo modo Rem Publicam laedit, nec privato cuidam injuriam infert, nec societatem turbat. Ne periculum quidem laesionis oritur ex nuda cogitatione, quare non inveniri potest in ea legis violatio. Consilia non civili fini adversantur, nec civium mutuam fiduciam de vi legis poenalis in animos pravorum evertunt. Verum quidem est, eum qui nefanda cogitavit moraliter peccasse, sed multum differt imputatio *moralis* quam vocant a *juridica*, et in foro externo imputationis moralis nulla habenda est ratio (culpabilité de *conscience*, et culpabilité *civile*). Soli Deo Omnipotenti datur perscrutari corda et renes; homines autem, judicium ferre debent ex factis externis (2).

Rectissime Grotius (3): « naturae, ait, humanae non esse

(1) L. 18 D. de poen. L. 53. § 2 et 225. D. de V. S.

(2) Conf. PHILIPSE, diss. laud. pag. 3 et seqq. item 75, 111, 118 in fine et 119 initio et passim. — WINTGENS, disput. laud. pag. 19 et seqq. — SCHROETER l. l. § 79. — FILANGIERI scienza della legislazione, Lib. III. cap. 37. — BEXON, parallèle du Code pénal d'Angleterre avec les lois Françaises, Paris an VIII. pag. 208 et 209. — KANT, metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, introd. pag. 35 et passim.

(3) De Jure Belli et Pacis, Lib. II. cap. 20 § 18 et 20.

congruum, ut ex actibus mere internis jus aut obligatio inter homines nascatur.... Punienda non sunt peccata in foro civili quae nec directe nec indirecte spectant ad societatem humanam aut ad hominem alterum, nam ratio est, quia nulla est causa, cur non talia peccata relinquerentur Deo punienda, qui et ad ea noscenda est sapientissimus et ad expendenda aequissimus et ad vindicanda potentissimus (1). » Aurea illa Romanorum sententia omnibus temporibus agnoscebatur, et in legibus quoque Divi Ludovici Galliarum Regis sancita reperitur (2). Licet apud Plutarchum in vita Dionysii et apud Ammianum Marcellinum (3) legatur, a quibusdam tyrannis hoc principium fuisse violatum et exemplum in quo

(1) Conf. etiam MITTERMAIER l. l. § 7 et Neues Archiv des Crim. R. Vol. II. pag. 663. sqq. — MONTESQUIEU, esprit des lois, Lib. 12. Chap. 1. — PUFENDORF, de J. N. et G. Lib. VIII. Cap. 3. § 14. — SAMUEL FIREBRACE, Disser. de justit. poenae capit. Lugd. Bat. 1822. cap. 1. pag. 1. Conf. rapport de M. CHIFFÉET au nom de la commission, chargée de l'examen de la loi sur le sacrilège, 5 Avril 1825. « La justice humaine ne peut atteindre que les actes, son but est le bien de la société en général, la perfection des individus peut en résulter, mais elle n'est pas son but direct; il suit de là que la loi ne doit pas chercher à atteindre tout ce qui existe de criminel dans l'intention, dans le cœur de l'homme, ni-même dans les actions qui auraient été cachées; alors Dieu seul est le juge et le vengeur du crime. »

(2) Etablissemens, chap. 36. pag. 17, édition de Ducange : « Se aucuns gens avoient empensé à aler tuer un homme, — et il deissent que eus allassent tuer un home — et ils n'en eussent plus fet, jà pour ce ne perdroient ne vie ni membre. »

(3) Lib. XV. cap. 2.

nudum consilium tempore Francisci I, Galliae Regis, punitum sit, referat Bodinus (1). Iisdem principiis fretus loquitur Merlin (2): « celui qui conçoit le dessein d'un crime, n'est pas encore coupable aux yeux de la loi; la morale l'accuse et le condamne; mais la société ne peut lui demander compte de ses pensées ni de ses projets : l'ordre public ne peut être troublé que par des faits, les faits seuls peuvent donc être poursuivis et punis par les tribunaux qui n'ont été établis et ne peuvent avoir d'autorité légitime que pour le maintien de l'harmonie sociale. Celui qui a voulu exécuter un projet criminel n'est pas encore coupable, quoiqu'il n'en aît été empéché que par un événement indépendant de sa volonté, s'il n'y a eu de sa part aucun fait pour en réaliser ou commencer l'exécution. Le crime est en effet demeuré dans sa pensée et la pensée n'est justiciable que du tribunal intérieur de la conscience (3). »

Nec possum praetermittere de ea re locum egregium qui invenitur apud J. B. Paillet (4) : « la pensée est la plus belle

(1) De Re Publica II. 5. IV. 7.

(2) Répertoire de jurisprudence 1809. Tom. XII. pag. 588 sub verbo *tentative* numero 1.

(3) Conf. LEGRAVEREND, opere laud. Tom. I. cap. 2. pag. 91. — PUETTMANNI elementa Juris Crim. Lipsiae 1802. § 26. pag. 19. — MERLIN, répertoire de jurisprudence, au mot *liberté de la presse* alinéa 2.

(4) Manuel du droit Français, Paris 1819, ad art. 5 de la charte constitutionelle n. 2. Cf. not. 3.

propriété de l'homme, c'est par elle qu'il est véritablement le maître de l'univers; sans la pensée l'homme n'existerait plus, puisque sans elle il serait privé de la raison et que c'est la raison qui l'élève au-dessus du reste des animaux. La pensée est un domaine exclusif et sacré, elle n'est soumise à aucune puissance; elle n'appartient à aucune autorité; elle ne peut être l'objet d'aucune loi, le despotisme le plus odieux parce qu'il est le plus absurde et le plus injuste est celui qui s'exerce sur la pensée.... La pensée est un asile impénétrable qui doit rester inaccessible à toutes les autorités *humaines*, Dieu s'est à lui seul réservé le droit de juger les pensées et de sonder les coeurs.» Eamdem sententiam apud Anglos Blackstone (1) eleganter exposuit, et apud Italos Romagnosi (2) his verbis: « tentare un delitto non e soltanto pensarlo, o deliberarlo, o vero dire di averlo pensato, o deliberato; ma bensì

(1) Comment. Book. IV. Chap. 2 et 6. éd. de 1809. pag. 20 et ratione Criminis laesae Majest. pag. 79. — Cf. BEXON, Code de la sureté publique et particulière, redigé en projet pour les états de sa Majesté le Roi de Bavière, introduction, partie II. § 4. pag. 11. — DESTRIVAUX, essai sur le Code pénal, pag. 32, et Instruction de Catherine II. § 476. — Porro: Essai sur le Code pénal par BOURGNON DE LAYRE, Paris 1824. pag. 10. — SERVIN, de la législation criminelle, Basle 1782. pag. 31. — KEMPER, aanmerk. tot het crim. Wetboek voor het Koningrijk Holland, ad art. 16 ejusdem Codicis. — BARBACOVI, de mensura poenarum. edit. 2. Tridenti 1810, cap. 10 pag. 73. Cf. etiam opus parum notum, de criminis conatu scriptum a D. Alberto DA SIMONI s. t. dei delitti di mero affetto, in Como 1783. 2. Voll. 8. Vol. prim. pag. 23.

(2) Laud. op. Vol. II. pag. 160 et sqbs pag. 139 et sqbs.

egli è *porre in opera* tutto quello che ne può ottenere *l'esecuzione*, » porro : « sia o non sia nocivo, ogni delitto sociale non può essere che l'infrazione di un dovere sociale, ma ogni dovere sociale è una libera esecuzione di un atto *fisico ed esterno* di un uomo a cui taluno era obbligato; dunque l'infrazione di un dovere sociale non può essere che, o la commissione di un atto *fisico ed esterno* che si dovea tralasciare, o l'ommissione di un simile atto che doveasi eseguire. Ma ogni atto libero, *fisico ed esterno* non può essere che *l'esecuzione esterna* di un interno pensiero. Sarebbe puerile il far riflettere che questa esecuzione non è, ne può essere il pensiero in sè stesso, ma che queste due cose sono fra loro tanto distinte e diverse, quanto lo è l'anima dalla macchina, ed un desiderio ascoso in cuore, da un moto gagliardo di membra; dunque il pensiero è sottratto dall' autorità imperativa della società, così che in lei sarebbe delitto il volerne fare oggetto di sanzione. Dunque ogni infrazione di un dovere sociale e perciò anche ogni delitto, non può essere mai un *pensiero*, ma bensì *l'esecuzione fisica ed esterna* di un pensamento interno; dunque il pensiero, il desiderio, la compiacenza dell' azione rea disgiunta dall' esecuzione reale, fisica ed esterna, in fine tutti i moti *interni* criminosi, ancorchè si leggessero ne' cervelli umani, come i caratteri ne' libri, non potrebbero essere *mai* guistamente puniti. »

Nudam igitur cogitationem non esse puniendam constat. Sed nec quaelibet manifestatio animi delinquendi ad potes-

tatem punitivam pertinet; si enim v. g. quis amico scribens diceret se consilium cujusdam delicti committendi iniisse; hoc scriptum adhuc ut simplex cogitatio dijudicandum esset; quia nulla in eo inest laesio, neque laesionis periculum ex eo imminet, neque haec agendi ratio securitatem Rei Publicae turbat; ita ut eadem minime ad jus puniendi pertineat. Haec manifestatio consilii non conatus dici potest, qui enim hoc agit, non scripto illo ad amicum utitur, tanquam via qua ad exsecutionem delicti perveniatur, neque eo scripto tendit ad delictum cogitatum perficiendum; licet igitur tale scriptum actus externus consilium patefaciens dici possit, illud tamen quoniam nihil aliud continet nisi testimonium aliquod, delicti committendi cogitationem scriptori fuisse, puniri propterea nemo potest (1). Non tamen assentiri possum sententiae quam proponit Wintgens (2), eum qui consilium delinquendi susceptum cum aliis communicaverit *ut illos facti participes faceret atque socios haberet* qui eum ad criminis exsecutionem perficiendam adjuvarent, *omnino* eodem modo a lege civili esse considerandum ac si solummodo nudam delinquendi cogitationem habuisset; nam si quis sibi socios quaerit, jam sibi adminiculum parare videtur, quo delicti consummatio saltem praeparetur; quare factum committit quo ad propositum delictum exsequendum *tenditur*; ideoque

(1) FILANGIERI, scienza della legislazione, Lib. III. cap. 25 et 37. — CROPP, pag. 49. — WINTGENS, pag. 25.

(2) Dissert. laud. pag. 21 et 81.

(3) Cf. CROPP, Diss. laud. sect. 2. pag. 24. sect. 1. pag. 49.

conatum fecisse dici potest. Hinc nec assentiri possum iis quae Clarissimus Destrivaux de hac re profert (1). Nec omnino recte de hac re loquitur Legraverend his verbis (2): « Le projet de crime qui n'aura point été manifesté par des actes exterieurs, ne pourrait donner lieu a l'application d'aucune peine, ni servir de base à aucune poursuite, quand même l'existence en serait constante et prouvée, *sauf toutefois les complots contre la personne du Roi et de sa famille et contre la sureté interieure et extérieure de l'état.* » Nam conjurationes contra internam et externam civitatis securitatem sive contra ejus constitutionem sunt conatus ideoque si poenis adficiuntur, haec non est exceptio a regula generali, *cogitationis poenam nemo patitur.* Sunt qui dicunt, apud Romanos consilium nudum tempore Imperatorum fuisse punitum; sed de ea re dicendi hic non est locus (3), et serius sermo erit quum de sententia Romanorum circa conatum agetur. Ceterum auctores omnes qui nostram de cogitatione sententiam profitentur nominare longum esset.

Ex conatus definitione supra exposito sequitur, conatum necessario includere dolum sive intentionem delictum committendi, nec cogitari posse *conatum culposum.* Nam conatus est factum externum quo *directa ad delictum animi auctoris intentio manifestatur*, ex notione vero culpae intentio ne-

(2) Oper. laud. pag. 7 et 8.

(3) Vol. II. pag. 95. not.

(2) WINTGENS, disp. laud. pag. 22. — CROPP, sect. 2. pag. 99 et 100.

cessario excluditur, cum culpa consistat in deficiente animi intentione, quae ad vitandam laesionem lege prohibitam fuisset dirigenda, unde recte dici potest conatum et culpam eodem modo inter se pugnare, quo dolus et culpa sibi adversantur (1). Quare si laesio culpa effecta tamquam proprium delictum prohibetur lege, velut art. 319. Cod. poenar. *homicidium involuntarium* quod vocant, hujus delicti conatus ne cogitari quidem potest; si quis enim factum quo mors alterius effici potuisset, occidendi animo commisisset, eo constitueretur *une tentative de meurtre*, et si quis factum commisisset ex quo quin animi intentio ad laesionem directa esset, laesio evenire potuisset quae, si effecta fuisset, auctori illius facti fuisset ad culpam imputanda, nullo modo ille dici posset fecisse *une tentative d'homicide involontaire*, licet fortasse illius factum *initium delicti culposi* aut *periculum laesionis culposae* neque inepte *laesionis quasi conatus* appellari posset, nam inter tale factum et homicidium culpa effectum similis nexus obtinet, ac inter *la tentative de meurtre* et *le meurtre consommé*. Minus vero recte in hoc casu de vero conatu, vel de conatu culposo diceretur (2). Hinc etiam

(1) Conf. WINSSINGER, comment. de doli et culpae natura, ab Academia nostra praemio ornata in Annalibus Academiae anni 1821-1822.

(2) Cf. MITTERMAIER, Beitræge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, § 8, in opere laud. — STUEBEL, System. des allegem. peinl. Rechts, Tom. II. § 329. — WINSSINGER, p. 59 et 60, 169. — KLEINSCHROD l. l. § 36. — KONOPAK, ueber dolus und culpa, im Archiv des Crim. rechts, Tom. IV. part. 3. pag. 40. — FEUERBACH, Lehrbuch § 55 et seqq. — FILANGIERI, Lib. III. cap. 37.

minus adcurate dicitur *la tentative de la banqueroute simple* apud Sirey (1).

§ II.

De divisione conatus ex rei natura.

Conatus varii sunt gradus; duos autem potissimum sisti posse credimus; vel enim actus externi quibus animus delinquendi manifestatur quibusque tenditur ad laesionem efficiendam, *praeparant* exsecutionem vel ipsam *inchoant*, sive conatus consistit in comparatione adminiculorum ad delicti consummationem, vel in ipso usu eorum. Hic *conatus proximus*, ille *remotus* dicitur. Si quis v. g. suscepto homicidium committendi consilio gladium emit, hic est conatus quidem, sed solummodo remotus, quia delinquens solummodo exsecutionem praeparat, nondum enim criminis initium fecit. Sed si idem homo armis comparatis jam uti coeperit, v. g. si sclopetum oneratum in inimicum dirigit, vel emptum venenum poculo immiscet, delicti inchoatio adest, sive usus eorum quae exsecutioni inserviunt, ideoque conatus est proximus. Duo hi conatus criminalis gradus ex ipsa rei natura desumuntur ac ex majori aut minori nexu quo facta conatum constituentia cum delicti consummatione conjunguntur, licet

(1) Code pénal annoté, édition 1824, ad art. 3, n. 3. Conf. de hoc argumento WINTGENS, pag. 17 et 18, licet ejus sententiae adhaerere non possim quatenus ille ejusmodi facta non posse puniri opinatur. — Cf. etiam SCHRŒTER, l. c. § 90. — STELZER, Lehrbuch des teutschen Criminal-rechts § 89. — FEUERBACH, Revision, Tom. II. pag. 48. — WINSSINGER pag. 94.

fortasse ad duos illos gradus distinguendos aptiora vocabula reperiri possent. Innumeri enim actus interni et externi possunt praecedere perfectam criminis exsecutionem; primo enim res animo concupiscitur, et delinquens cogitat quomodo suum propositum ad finem perducere possit, postea quaeruntur adminicula ad exsecutionem idonea diversis conatibus, et tunc demum his omnibus comparatis multi ad delicti exsecutionem magis minusve accedentes actus committi possunt antequam crimen sit consummatum. Sed saltem varia momenta externa, de quibus modo diximus, vel ad praeparationem vel ad inchoationem exsecutionis criminis referri possunt, et recte Celeberrimus Romagnosi (1): « Per quella medesima ragione, per cui si distinguono cagioni *prossime* e cagioni *remote*, debbonsi del pari distinguere *tentativi* criminosi *prossimi e remoti*. Eglino desumono o l'una o l'altra denominazione dalla maggiore o minore *distanza*, nella quale gli atti esecutivi a' quali essi si arrestano, ritrovansi dalla *consumazione* del delitto. »

§ III.

De divisione conatus in proximum propiorem et remotum.

Sententia in § superiori exposita non omnibus auctoribus arridet; plurimi enim conatum distingunt in conatum re-

(1) Vol. II, operis laud. pag. 182. — Conf. etiam OERSTED, über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, § 21. pag. 158. — KLEINSCHROD, Tom. I. l. l. § 38 et 70. — QUISTORP l. l. § 29. — VANDERTON, diss. laud. pag. 50. — HUPKA, positiones Juris Crim. § 140.

motum propiorem et proximum. Remotum esse dicunt, si quis facta omnia praeparatoria ad delicti exsecutionem mox suscipiendam commiserit, si v. g. emerit venenum necandi animo, scalam aliaque instrumenta comparaverit ad furtum committendum et q. s. r.; propiorem vero appellant conatum, si delinquens initium quidem delicti fecerit, id est adminiculis ad delictum perpetrandum uti coeperit, neque tamen ad consummandum delictum omnia quae poterat fecerit, sive si ad ultimum non pervenerit gradum; proximus deinde ab iis dicitur conatus sive finitus aut perfectus, si quis omnia quae penes eum erant adhibuerit ad crimen consummandum, laesio vero intentata non evenerit casibus fortuitis et a voluntate agentis non pendentibus, v. g. si quis venenosum poculum inimico suo bibendum tradiderit, hic vero remediis feliciter adhibitis ad sanitatem fuerit restitutus, vel si quis sclopetum oneratum in alium exoneraverit, globus autem praeter agentis intentionem alterum non ferierit (1). Nobis vero non sufficiens ratio esse videtur triplicem conatus gradum sistendi (2). Auctores qui hujusmodi

(1) Conf. LEFEVERE, disp. laud. pag. 9 et 10. — BOEHMER, ad C. C. C. ad art. 131. § 38 et 178. § 5. — QUISTORP, l. l. § 29. n. d. — BARBACOVIUS, opere laud. cap. 10. pag. 75.—PUETTMANN, elementa Juris Crim. § 32. pag. 28. — TITTMANN, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, Hall. 1822. I. Th. § 97, et ejusdem : Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Kœnigreich Sachsen § 285-290. — WINTGENS, pag. 51 et 52.

(2) MITTERMAIER, Archiv, Tom. IV. part. 1. pag. 12. Dissertatio inscripta : über den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen.

divisionem admittunt, nobiscum consentiunt de conatu qui *remotus* dicitur, sed ubi nos unum solummodo gradum proponimus sub nomine conatus *proximi*, quo comprehendimus *omnia facta exsecutionem inchoantia*, illi duos gradus sistunt. Cum vero naturaliter inter *praeparationem* et *inchoationem* distingui possit, et tam praeparationis quam inchoationis diversi gradus sisti possint, conatus ille *propior* quem vocant nihil aliud est nisi primus gradus, conatus autem *proximus* in sensu illorum Juris Criminalis auctorum, extremus gradus inchoatae exsecutionis. Videtur igitur non admodum logica esse distinctio illa, nec magis commendanda, quam siquis loco dividendi jus in *publicum* et *privatum*, illudque in *constitutivum* et *administrativum*, dicere vellet jus esse vel *privatum*, vel *constitutivum* vel *administrativum*. Praeterea jam alii docuerunt, ex nimiorum graduum distinctione non solum notionum confusionem, verum etiam pro ipsa judiciorum actione multa incommoda nasci (1). Non minus igitur inutilis videtur tripartita conatus divisio, quam ea ex qua nonnulli scriptores culpam in Jure Criminali dividunt in latam, levem et levissimam, sive in maximam, mediam et minimam (2).

(1) MITTERMAIER, Archiv. Tom. II. part. 4. pag. 602 et seqq. Dissertatio inscripta : über den Anfangspunct der Strafbarkeit der Versuchshandlungen. — WINTGENS, Diss. laud. pag. 61, ipse hoc fatetur.

(2) Contra BARBACOVIUS, opere laud. cap. 11. pag. 81 et sqbs, et W. DRONRYP PRINS, positiones Juris Criminalis de triplicis partitionis in rebus infinitis utilitate, inprimis ad vim et modum uti culpae ita doli quoque aestimandum, secundum Doctrinam Filangierii, Amstel. 1804.

Nec triplex conatus partitio eo justificatur, quod crimen ipsum quasi tribus partibus constare dicitur, *voluntate*, *actu* et *eventu*. Saepius enim ad delictum consummatum nullus facti eventus requiritur. Is denique quem conatum proximum dicunt, in pluribus delictis ne potest quidem locum habere, quare saltem non tamquam *generalis* conatus divisio *tripartita* illa proponi potest (1). Ceterum divisionem illam conatus quam modo impugnavimus, plurimi auctores in suis operibus receperunt, aliis tamen nominibus, scilicet loco *conatus remoti*, *propioris et proximi* quidam dicunt *attentatum* sive etiam *praeparatum*, *inchoatum* atque *perfectum* delictum. Ex illorum sententia enim *delictum perfectum* nuncupatur, si quis ad noxium effectum producendum omnia quae potuit, fecit, ita ut non amplius ab eo penderet, effectum illum impedire; hoc igitur perfectum delictum a *delicto consummato* sive eo quod eventum habuit, distinguitur (2). Illud etiam *delitto frustrato* vocat Romagnosi (3). Denominationem *delicti perfecti* impugnaverunt Lefevere (4), Wintgens (5), Mittermaier (6) aliique.

(1) Cf. ipsum TITTMANN, tres gradus sistentem l. l. not. l.

(2) Conf. HENKE, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Zürich 1813. § 48, et ejusdem: Handbuch des Criminalrechts, Berlin 1823. Vol. I. pag. 261. sqb, ubi a priori sententia JCtus aliquantum recedit. — KLEIN, Grundsaetze des peinl. Rechts, Tom. I. § 145. — FEUERBACH, Lehrbuch § 43 et Revision § 28 et 29. Tom. II. pag. 271 et seqq. — GROLMAN, Grundsætze der Criminalrechtswissenschaft § 31.

(3) Vol. II. pag. 171 et sqbs.

(4) Diss. laud. pag. 10.

(5) Diss. laud. pag. 11. not. 7.

(6) Archiv. Tom. IV. pag. 14. — Cf. SCHROETER § 83 et 84.

Nonnulli non solum conatum remotum, propiorem et proximum distinguunt, verum etiam praeterea delictum perfectum a consummato diversum statuunt. Barbacovius (1), inter conatum *remotum*, *proximum* et *extremum* distinguit, generaliter contra conatus trichotomia displicet Croppio (2). Divisio conatus in remotum, propiorem atque proximum placet etiam Ornat. Philipse (3), eamque in applicanda poena magni esse momenti idem contendit, eam denique assumpsit Specimen Codicis Criminalis Hollandici quod Hagae Comitum prodiit anno 1804, vim tamen legalem non obtinuit (4). Sed

(1) L. l. pag. 75.

(2) Diss. laud. pag. 7.

(3) L. l. pag. 61.

(4) Conf. Stukken door de Commissie tot het ontwerpen van een algemeen burgerlijk Wetboek, overgegeven aan het Staatsbewind der Bataafsche Republiek, bevattende de ontwerpen van eene inleiding van het Recht in het algemeen, het lijfstraffelijk Wetboek, en van Wetten omtrent het Bewijs, in den Haag. 1804. Inleiding Hoofdstuk II, van toerekening, art. 41: « dadelijke pogingen zijn meer of minder toerekenbaar, naar de mate van het volbragte, volgens welke de pogingen in *eerste* of *verwijderde*, in *midden*, en in *naaste* pogingen onderscheiden worden, gelijk zulks bij de straffende Wetten nader bepaald is.» Conf. etiam Lijfstraffelijk Wetboek, art. 56, 57, 58, 59. Lib. I. cap. 2. — PHILIPSE in opere laud. pag. 62, 63, articulos modo laudatos sic vertit: *conatus remotus est*, si quis consilio et proposito delinquendi suscepto actu quodam externo delictum praeparavit, ipsius autem actus principalis initium nondum fecit, art. 57, *conatus propior adest* si quis primordia facti ipsius principalis commisit, sive incepit actum ipsum criminosum, vid. art. 58, *conatus proximus adest*, si inter eum et ipsum crimen perfectum nullus alius actus a voluntate delinquentis dependens intervenire debet, vid. art. 59.

equidem in hanc sententiam discedere non possum. Ceterum licet omnia facta quae initium exsecutionis delicti constituunt sub uno nomine *conatus proximi* designemus, tamen etiam fatemur, eo minus hunc conatum esse puniendum quo magis ille a consummatione recedit, contra facta delictum inchoantia eo majori poena esse afficienda quo magis delinquens in conatu proximo progressus fuerit, qua de re serius erit dicendum. Hoc solum hic addendum est, ipsum Philipse non sibi admodum constitisse, cum contenderet, legumlatorem Hollandicum anno 1808 recte diversorum conatus graduum definitionem omisisse et melius poenae determinationem judicis arbitrio reliquisse, *quia*, ait, *judici difficile est definire ad qualem conatus gradum actus externi referri debeant.* Si tamen distinctio conatus *remoti*, *propioris* et *proximi* tanti esset momenti in applicanda poena, non recte eam rejecissent Hollandiae leges, quare auctor secum pugnare videtur (1).

§ IV.

Aliae de conatus divisione sententiae examinantur.

Nostra sententia de divisione conatus in proximum et remotum a quibusdam auctoribus impugnata est, inter quos

(1) Cf. KEMPER, aanmerk. pag. 86 et seqq, ubi Codicis anni 1808. sanctio circa conatum comprobatur, et ratione Juris Belgici antiquioris HOVIUS laudatur, auctor dissertationis de poena conatus, praeside CRAS, Amstelodami defensae.

Clarissimus Bexon (1) de ea re sic loquitur : « Je ne crois pas cette division raisonnable : une tentative éloignée ne peut être considerée comme commençant l'exécution d'une action, quelque soit l'acte extérieur dont on voudroit la conclure ; il ne la constitueraıt pas, s'il n'était un acte direct qui en fait une tentative actuelle. Ce serait étendre la puissance de la loi, pour ainsi dire, sur la pensée et sur une volonté encore loin de l'action, et la loi ne doit considérer que la tentative actuelle. » Similem sententiam quoque defendunt Schroeter (2) et Püttmann (3), dicentes falsam esse distinctionem, quia conatus remotus non puniri possit, sed in errore versari videntur hi JCti; nam etiamsi iis concedam, conatum remotum qui solummodo factis praeparatoriis constat, regulariter nulla poena esse coërcendum, exinde nihil sequitur contra ipsam distinctionem, nam etiamsi conatus alicui imputari non possit tamquam delictum, nihilominus est conatus. Ex naturali enim vocis hujus significatione *conatus laesionis* dici potest *omnis actus ad laesionem efficiendam tendens* (4); quare qui venenum emit necandi animo,

(1) Code de la sureté publique et particulière, rédigé en projet pour les états de sa Majesté le roi de Bavière, introduction part. 2. pag. 12. Vide tamen eumdem, Lib. II. part. 1. art. 55 et sqbs.

(2) Opere laud. § 83, in fine et ibidem in notis.

(3) Elementa Juris Crim. § 32. Vid. etiam MITTERMAIER, opere laud. Tom. IV. part. prima pag. 14 et seqq. pag. 21, 22 et seqq.

(4) Ita etiam sentit MITTERMAIER, Beitræge zur Lehre vom Versuche etc. § 2, et hoc recte perspexit LEFEVERE, pag. 9, collat. cum pag. 10 et 11.

sclopetum pulvere pernicioso onerat, aliaque similia committit facta delictum praeparantia, conari dici potest delictum, et nihil interest, utrum ejusmodi facta puniri possint necne, de ea re enim non hic inquiritur, quum aliud est, varios conatus sistere, aliud rationem atque regulas quibus unus quisque gradus sit imputandus, statuere.

Nostra igitur divisio rei natura nititur, atque ex ratione naturali qua delinquens ad delicti exsecutionem progredi solet, repetitur. Sed praeterea Bexonio, conatum remotum in nullo casu esse puniendum dicenti, non assentiri possumus, ut serius dicetur. Clarissimus Schroeter (1), qui ut vidimus in Bexonii sententiam discedit circa conatum remotum, aliam invenit conatus distinguendi rationem. Primum ex ejus doctrina delicta sunt vel consummata (perfecta) vel attentata (imperfecta). Conatum vero ille dividit in finitum (perfectum) et nondum finitum (imperfectum). Sub conatu finito idem intelligit atque alii sub *delicto perfecto*, id est, si exsecutio ex parte agentis absoluta fuerit. Conatum vero inperfectum iterum in duos gradus distinguit, *proximum* scilicet et *remotum*. *Conatum proximum* appellat facta quae quidem delicti exsecutionem inchoant, ita tamen ut delinquens nondum omnes actus commiserit, qui proxime consummationi inserviunt, sive id fere quod alii vocant *propiorem*; tandem adesse tentamen *remotum* dicit, si delicti auctor jam commiserit facta exsecutionem inchoantia quae tamen per

(1) L. l. § 85. fin.

se eventum intentatum producere non poterant. Haec sententia, si excipias doctrinam de factis praeparatoriis quae ad conatum non esse referenda existimat auctor, aliquatenus convenit cum divisione in *conatum proximum*, *propiorem et remotum*, ita tamen ut, si conatum remotum in nostro sensu adjeceris, quem ille JCtus sine ratione eliminavit ex sua divisione, conatus quatuor diversi gradus constituti videantur. Sed, ut jam monitum est, nimiae hae distinctiones, etiamsi forsitan ipsis aliquid veri insit, tamen rem obscuram atque perplexam reddunt, id circo eo minus admittendae videntur, cum periculosum videatur *legibus ipsis* earum rationem habere in poena conatus constituenda, contra in poena conatus ex arbitrio judicis distribuenda diversi conatus puniendi gradus a diversis gradibus poenae pendere debeant, quae in eum conatum inter minimum et maximum a lege definitum irrogari possunt. Ceterum in aliquam partem sententiae adnuere etiam videtur Mittermaier (1).

§ V.

Examinatur adcuratius sententia a Philipse proposita.

Divisionem in conatum remotum et proximum adsumere videtur Philipse (2); utriusque autem gradus hanc defini-

(1) Conf. SCHROETER, l. l. pag. 83, 84 et 85. — MITTERMAIER, Archiv. Tom. II. part. I. pag. 21 et sq. — WINTGENS, disp. laud. pag. 82 et seqq.

(2) Disp. saepius laud. cap. 1. § 1. pag. 10 et seqq.

tionem exhibet: scilicet conatum remotum nuncupat *primum actum externum qui instituitur ut effectum habeat cogitatum scelus*, proximum autem vocat *actum istum externum, ultra quem delinquens progredi non potest, et cui ad consummandum delictum nihil praeter eventum deest.* Quare, ait idem Philipsius, *omnes actus qui ad proximum conatum accedunt et remotum sequuntur, constituunt conatum quem dicunt propiorem.* Si solummodo duae conatus classes, conatus scilicet proximus et remotus sisterentur, *prout ab initio voluisse videtur auctor*, definitiones quas proposuit non adaequatae forent. Cum enim ex ejus sententia conatus remotus consistat in primo facto externo quod instituitur ad exsecutionem perficiendam, proximus vero in actu ultimo ultra quem delinquens progredi nequit; per se intelligitur, his definitionibus non contineri omnia facta quae usque ad delicti veram consummationem institui solent. Sed nec probandae sunt hae definitiones, etiam si auctor medium gradum sive *conatum propiorem* assumat; nam si *conatus remotus* dicitur esse actus primus externus qui instituitur ut effectum habeat cogitatum scelus, ex ea definitione non apparet quonam vinculo atque nexu cum exsecutione conjunctus esse debeat actus, ut tamquam remotus possit considerari conatus, neque in ea aliquod criterium inest pro dijudicanda gravitate facti, in ejus necessitudine cum factis subsequentibus. Egregia igitur illa idea a plerisque legumlatoribus adoptata, *facta scilicet ad delictum tendentia vel praeparare vel inchoare exsecutionem*, tantopere utilis ad dijudicandum a quo momento conatus punitione generaliter dignus sit haben-

dus (1), illa definitione excluditur. Hinc varii tentaminis gradus a Philipse distingui potius videntur *factorum commissorum successione ac numero*, quam ratione atque necessitudine qua eadem cum delicto consummato contineantur, et diversa eorum gravitate. Gravitas conatus enim non tam in simplici factorum numero, quam in eorum efficacia atque natura consistit; cum fieri possit ut quis plurima facta ad delicti exsecutionem praeparantia commiserit, quin tamen longe in conatu processerit, contra unum solummodo factum revera inchoatorium forsitan magnam ex parte delinquentis pravitatem demonstrat atque proximum conatum. Nostra divisio magnam habere videtur utilitatem practicam, et ut in permultis legibus magis minusve disserte adoptata, ita a pluribus Clarissimorum Juris Criminalis Auctorum comprobata est (2).

§ VI.

An cogitatio pro conatu remoto habenda sit?

Praeferenda igitur esse videtur nostra sententia de divisione conatus in duas classes, quarum prior continet facta praeparatoria ac primaria ad laesionem intentatam efficiendam suscepta, posterior vero actus initium exsecutionis jam con-

(1) Conf. FEUERBACH, Lehrbuch, § 110 et 111, et Revision, Tom. II, pag. 271. § 28. — WINTGENS, pag. 82, 83 et 86, 87.

(2) Cf. etiam JENULL, das Oestreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen dargestellt, Graetz 1810. T. I. pag. 263.

stituentes; quidam tamen auctores ad priorem conatus gradum referunt nudam cogitationem (1), sive simplex delinquendi propositum actibus externis non manifestatum, ita ut ex illorum sententia *consilium* sit quodammodo conatus. Sed ipsos in maximo errore versari dicere non dubitamus, hoc jam colligi potest ex iis quae superius diximus in § I; nam quam diu aliquis pravam delinquendi cogitationem pectori inclusam continet, proprie tendere ad delicti executionem dici nequit, abhorrere igitur hoc videtur a germana vocis *tentative* significatione, si cogitatio censetur esse *primus tentaminis gradus*, et in conatus notione necessario facta externa includuntur; nec simplex consilium unquam potest pertinere ad forum externum, qui enim solummodo peccare cogitat nihil contra jus fecisse intelligitur, licet ad notionem conatus delictum committendi intentio necessario pertineat(2). Recte hinc Clarissimus Romagnosi (3) : « *l'idea dell' esecuzione del delitto non solo entra essenzialmente nella nozione dell' attentato*, ma debb' esserne *l'unico carattere fondamen-*

(1) BOEHMERUS, ad Carpzovii practicam novam rerum crim. Francofurti 1759, part. 1. quaest. 2. observat. 4. initio. — CREMANIUS, de Jure Crim. Lib. I. part. 1. cap. 5. § 2. — Licet vero hi auctores *cogitationem meram* tanquam *conatus gradum* proponant, non tamen credendum est, eos nudam cogitationem puniendam esse existimare.

(2) Conf. adhuc : Extrait du rapport au nom de la commission de législation du corps législatif sur le premier livre du Code pénal, séance du 17 Février 1810.

(3) Opere laud., Vol. II. pag. 160 et 161.

tale. » Ornatis. Wintgens (1) primum nostram defenderat sententiam, sed alibi ipse cogitationem nudam sive actibus externis destitutam ad primum conatus gradum refert ideoque ex incuria secum omnino pugnat.

Nec nostrae sententiae omnino adversatur Tenzelius (2), qui in gradibus delictorum enumerandis haec recenset : *cogitationem sive voluntatem*, *propositum sive animi destinationem*, *conatum et delicti consummationem*; neque etiam Cocceji (3) qui distinguit inter *criminis cogitationem*, *conatum*, *aggressionem*, *exsecutionem*. Haec enim verba solummodo indicant per quos gradus quis ad consummandum delictum pervenire soleat, nec non verum est homines antequam laesionem efficiant, rem in pectore volvere atque machinari, mox illud consilium in facta externa erumpere, praeparari adminicula exsecutioni inservientia, et tunc demum crimen inchoari atque perfici. Sed nihil exinde sequitur contra nostram sententiam; nam tantum dicitur *consilium* criminis *conatui praecedere* atque in Jure Criminali tamquam causam criminum magni momenti esse, ideoque per se examinari debere; neque vero illud ipsum conatum *esse* vel puniri debere. Monendum denique est nonnullos esse

(1) Pag. 51 nota 43 disp. laud. et pag. 49, 50 conf. cum pag. 80 et 81.

(2) Dissert. de poena criminis imperfecti, sive conatus in crim. Erfurti. 1730. § 6.

(3) De Jure circa actus imperfectos, sect. 4. § 2. in Exerc. Curios., Lemgoviae 1722. Tom. II. pag. 349-352.

Auetores qui nullam conatus divisionem admittunt, sed solummodo putant, eo magis conatum esse puniendum quo minus ille ab exsecutione recedat (1), quam doctrinam laudat Ornatissimus Philipse (2).

§ VII.

De divisione conatus legali sensu accepti.

Superius jam dictum est, legali sensu crimen dicendum esse consummatum, si quod factum fuerit commissum speciali aliqua legis sanctione tamquam delictum prohibitum, etiamsi laesio cujus respectu factum illud puniatur a lege, nondum fuerit secuta. Sic ad veneficii crimen constituendum sufficit, ut quis inimico dederit potum venenosum, ex art. 301 Codicis poenarum, ad crimen falsae monetae constituendum, ut quis dolo malo monetas adulteraverit, ex art. 132 et seqq. Cod. poen. et hinc his factis commissis crimen consummatum dici potest, licet dato veneno damnum nullum perpessus fuerit is cui poculum datum est, vel monetae nondum sparsae in publicum realem laesionem nondum effecerint. Hinc vero manifestum est, delictum quod

(1) BEXON, Code de la sureté publique, redigé en projet pour le royaume de Bavière etc. introduct. part. 2. pag. 12 et ibidem Lib. II. part. 1. art. 55 et seqq.—GROTIUS, de Jure Belli et Pacis, Lib. II. cap. 20. § 30. Observations sur la procédure criminelle, du latin de M. Paul RISI, Maestricht 1776. pag. 112.—KEMPER, Crimineel Wetboek van Holland, Aanmerk. pag. 36 et LEYSER, Meditationes ad Pandect. specimine 602 medit. 4 et seqq.

(2) Pag. 94, 117 et 118, conferatur etiam MITTERMAIER, Archiv Tom. IV. part. 1. pag. 16 et seqq. — JENULL, opere laud. part. 1. pag. 262 et seqq.

sensu legali *consummatum* dicitur, nihil aliud esse subinde nisi *tentamen proximum* laesionis alicujus, sive *conatum* delicti naturali sensu sumti, quo scilicet delictum idem ac *laesio* esse intelligitur. Consequenter *conatus proximus* in sensu legali constituetur factis permultis quae delicti naturali sensu sumti non nisi *remotum conatum* efficient. E. g. in crimine falsae monetae etiam si quis monetas nondum adulteraverit, uti tamen coeperit instrumentis ad conficiendas monetas adulterinas paratis, conatus sensu legali acceptus proximus erit dicendus; cum autem in hoc casu id quod tamquam delictum consummatum a legibus consideratur, per se sit laesionis spectatae conatus proximus tantum, sive ultimus actus ultro quem delinquens progredi non possit quin laesionem consummet, sponte intelligitur, conatum proximum illius delicti nihil aliud esse nisi actum quo laesio praeparatur, sive laesionis quam lex vult vitare sanctione sua, *conatum remotum*. Hoc alii dicunt : *conatus proximus sensu legali* est *propior quoad laesionem intentatam* (1). Non vero sine momento ea distinctio est in examinanda vera sententia legis, qua generaliter delictorum conatum, vel conatum proximum puniri constitutum est, ut infra patebit.

§ VIII.

De conatu reali et verbali.

Antequam ad ulteriora transeamus, non inutile erit quaedam dicere de alia conatus divisione quae in Jure Crimi-

(1) Conf. WINTGENS, disp. laud. pag. 34.

nali proponi posset; nempe uterque conatus, proximus et remotus, vel *realis* vel *verbalis* esse posse videtur. Conatus proximus *verbalis* dici potest, si quis ad crimen perficiendum verbis solis utitur, v. g. si quis minatione mortis injuste ab altero pecuniam extorquere studet; hic est conatus proximus, quia is qui minatur, non amplius in sola adminiculorum criminis comparatione se continet, sed adminiculo utitur, quo statim ad pecuniam consequendam perveniatur, sive ad laesionem proxime efficiendam. Si quis vero manibus utitur ad pecuniam alteri eripiendam, conatus rectius *realis* dici potest, sive rebus ipsis constans et factis, et proximus est, utpote qui consistit in laesionis exsecutione inchoata. Probe tamen notandum est, illas minas considerari tamquam *conatum laesionis quam per eas delinquens efficere intendit*, nullo modo vero tamquam *conatum laesionis quam reus minatus est* (1). Si quis e. g. minatur alteri mortem nisi ipsi det certam pecuniae summam, minae sunt conatus rapinae sive furti violenti, neque vero conatus homicidii. Etenim quis est finis agentis? Ut injuste consequatur pecuniam. Haec est igitur laesio quam intentat, minae sunt solummodo instrumenta quibus utitur ad finem attingendum, nec potest dici is conatum homicidii commisisse. Nam nondum constat, ipsum revera habuisse animum occidendi (2), nullum enim actum fecit quo ad homicidium consumman-

(1) Conf. art. 305—308, Cod. poen. Gallici. Exposé des motifs du Code pénal, édit. D'Herhan pag. 90 et seqq.

(2) Conf. WINTGENS, disp. laud pag. 81.

dum tenderet. Similiter quoque conatus remotus vel *verbalis* vel *realis* dici potest, et ad priorem classem pertinere videntur conjurationes de quodam delicto committendo initae. Duo enim aut plures qui inter se convenerint de crimine communibus viribus exsequendo, non quidem initium executionis fecerunt, sed tamen comparasse sibi adminicula videntur quibus propositum crimen perficerent, sive conatum spectati criminis *remotum* fecisse; cumque non nisi verbis usi sunt, *verbalis* ille conatus dici potest, contra realis si quis instrumentum physicum paraverit, manibusque usus sit ad illud parandum. Non admodum recte igitur dicitur: *il y a complot sans exécution* et même *sans tentative.* — In hac conatus remoti distinctione etiam hoc observandum est, adminiculum ipsum quod paratur magis intellectu constare in altero casu, in altero vero magis physicum esse et tangendum corpore. Non enim in priori casu conjuratorum corpora invicem ab iis acquiruntur, sed operae praestandae certitudo cuivis praebetur, ideoque hunc conatum remotum *intellectualis* nomine a *physico* distinguere possumus, veluti inter auctorem criminis intellectualem et physicum nonnulli distinguunt (1). Haec sufficiant de conatus notione atque divisionibus in genere, et has regulas praemittendas esse existimavimus, ut melius de puniendi tentaminis ratione disserere possemus; jam veniamus ad quaestionem ab Illus-

(1) Conf. art. 86, 87, 88, 89, 91 et seq. Cod. poen. Gall. — MERLIN, Répertoire de jurisp. vol. II. sub verbo *conspiration.* — CROPP, disp. laud. pag. 63, in fine sect. 1. et sect. 2. pag. 24.

trissimo JCrum Ordine propositam. Cum autem primo quaeritur, qua via Legumlator Gallorum pervenerit ad id quod in art. II. continetur, constituendum, varias aliorum populorum leges quae ante Codicem quo adhuc utimur, in Gallia vigebant, exponere necesse est, nam legumlatores in novis legibus sanciendis ad antiquas semper respiciunt. Quare ad articuli II. explicationem rite sistendam legum anteriorum maxime est necessaria notio; antiquitus autem in Gallia maxima fruebatur auctoritate Jus Justinianeum (1), unde patet utilitas doctrinae Romanorum circa conatum explicandae; sed praeter Jus Romanum etiam Sacrae Literae, Libri potissimum Mosaici in causis criminalibus apud Gallos vim aliquam legalem habebant (2), quare de praeceptis quae circa conatum in iis inveniuntur quaedam dicemus.

CAPUT II.

DE DOCTRINA CONATUS APUD HEBRAEOS.

Si Sacros Codices evolvamus, quorumdam criminum conatus eadem poena qua consummationem ipsam puniri, videbimus; sic v. g. si quis fratri persuadere voluerit ut idololatriam sectaretur, morte puniebatur, licet alter machinationibus illis

(1) Conf. MUYART DE VOUGLANS, Institut. au droit criminel, Paris 1767, part. 1. chap. 1. — LEGRAVEREND, opere laud. vol. I, introduct. pag. 17, nota 3. — WAFELAER, de concursu delictorum, Lovanii 1823. pag. 57.

(2) MUYART DE VOUGLANS, opere laud. part. 1. cap. 1. pag. 3. — DEFERRIÈRE, Dictionn. de droit, sub verbo *loi*.

a recta fide non defecisset (1). Porro qui in proximum falsum testimonium dixerat, puniebatur capite, etiam si eventu caruisset illius pravum consilium; revera tamen falsum testimonium nihil aliud esse videtur quam tentamen laesionis alicujus efficiendae (2). Sed dubium est an caedes attentata in omni casu puniri debeat eodem modo, ac si mors fuerit secuta? Hanc quaestionem esse negandam quidam Auctores contendunt (3), et utuntur locis sequentibus : Deuteron. 19, vers. 11. « si quis autem odio habens proximum suum, et insidiatus fuerit vitae ejus, surgensque percusserit illum, et *mortuus fuerit*, » et versu 13. « non misereberis ejus et auferes sanguinem innoxium de Israel, ut bene sit tibi. » Item Numeror. 35, 16. « si quis ferro percusserit, et *mortuus fuerit* qui percussus est, reus homicidii erit et ipse morietur, » versu 20. « si per odium hominem impulerit vel jecerit quidpiam in eum per insidias, » et versu 21. « aut cum esset inimicus, manu percusserit et ille *mortuus fuerit*, percussor homicidii reus erit (4). » Cum semper lex ad poenae capitalis applicationem videatur requirere, ut mors revera ex vulneribus sit orta, ex Jure Divino conatus caedis, ut putat Matthaeus, non debet puniri ut crimen consummatum, contrariam tamen sententiam tuentur quidam Auctores propter locum Exodi,

(1) Conf. DEUTERON. 13, vers. 5-11, ibidem 17, vers. 2-8.

(2) DEUTERON. 19, vers. 16 et seqq. — MATTHAEUS, de crim. ad Lib. 48. tit. 5, Digest. cap. 3, ad legem Corneliam de sicariis nr. 10, Antwerpiae pag. 376.

(3) MATTHAEUS, opere laud. nr. 11.

(4) Conferatur etiam Levit. 24, 17. Exod. 21. vers. 14 et 20, coll. cum Exod. 21, vers. 13, 18 et 19. Deut. 19, 4.

21, vers. 11. ubi haec leguntur : « qui *percusserit* hominem *volens occidere*, morte moriatur. » In hoc autem versu non requiri videtur, ut mors revera secuta sit, sed solummodo ut quis alterum percusserit cum animo occidendi, et hinc conatum homicidii puniendum esse poena capitali contendunt nonnulli (1). Sed haec sententia falsa esse mihi videtur. Primum notandum est, in textu Hebraico verba *volens occidere* non inveniri, sed simpliciter legi *qui percusserit morte moriatur*, et solummodo verba illa adjecta esse ut hic locus cum versu sequenti cohaereret (2). Nunc collatis versu 13, cap. 21. Exodi cum Deuteron. 19, versu 4 et seqq. manifeste patet, in versu 13. Exodi de homicidio culposo perfecto sermonem esse; nam ibidem promittitur locus refugii, et hoc asylum in Deuteron. conceditur verbis expressis illi, qui ex culpa et sine intentione alterum occiderit. Jam si versus 12 et 13, cap. 21. Exod. inter se conferantur, omnibus patebit, poenas diversas duobus locis irrogari, *ex diversa delinquentis intentione*, neque alium facti eventum in versu posteriori ac in priori supponi. Sic enim sonant illi versus : 12 « *qui percusserit hominem volens occidere, morte moriatur,* » 13 « *qui autem non est insidiatus, sed Deus tradidit illum in manibus ejus, constituam tibi locum, ubi fugere debeat.* » Versus 13 certissime, ut vidimus, loquitur de homicidio culposo *perfecto*, nisi igitur dica-

(1) BARTHOLOM. A CHASSANAEO, Consuetud. Ducatus Burgundiae et totius Galliae, Genèv. 1616, pag. 61. — PHILO JUDAEUS, de confusione linguarum pag. 343. lit. C.

(2) Cf. AUGUSTIN CALMET, Commentaire sur l'ancien et le nouveau Testament, Paris 1724, ad cap. 21, vers. 12 Exodi. Ille hunc versum sic vertit : « *quiconque tuera avec dessein de tuer, sera puni de mort.* »

mus, in versu praecedenti agi de homicidio dolose *consummato*, uterque locus loqueretur de caussis *eventu et intentione agentis* inter se discrepantibus, ideoque nulla foret inter eos necessitudo, quae tamen manifesta est. Praeterea versus 13 non *expresse* loquitur de homicidio perfecto, licet sine dubio de mortis eventu secuto intelligendus sit, quare non mirandum est, si eadem omissio in versu praecedenti reperiatur. Quod deest igitur in hoc loco, supplendum est ex Levitico 24, vers. 17, ubi eadem fere verba leguntur, et expresse dicitur, caedem consummatam esse debere ad poenae applicationem. Tandem si sola voluntas sine eventu puniri potuisset ut delictum consummatum, cur in omnibus locis quae de homicidio puniendo agunt, semper et ex industria adderetur *et alter mortuus fuerit*, haec enim verba superflua forent, si conatus puniretur ut ipsum consummatum crimen; praeterea de casu in quo mors non secuta fuerit, agitur in Exod. 21, vers. 18 et 19 (1). In parricidio tamen conatus morte puniebatur, ut patet ex Exod. 21, vers. 15 : « *qui percusserit patrem suum aut matrem suam morte moriatur.* » Nam si ea poena afficiendus sit is qui solummodo percussit, a fortiori si verberaverit cum animo occidendi (2). Haec sufficiant de hoc argumento, jam transeamus ad caput maximi momenti sive ad systema Jureconsultorum Romanorum de conatu.

(1) Delahaye, Comment. in Exod. cap. 21. v. 12. pag. 277. — Struvius, Syntagma Juris Civ. ad Pand. Lib. 47. tit. 1, exercitat. 48 thes. 5, in fine et ad lib. 48. tit. 8, exercitat. 49. thes. 50. lit. E. part. III. pag. 1051.

(2) Conferri possunt etiam de hac re Michaelis Commentationes ad leges divinas de poena homicidii et ejusdem : Mosaisches Recht, Vol. VI. pag. 15 et sqb.

CAPUT III.

DE CONATU EX JURE ROMANO.

§ I.

De notione et divisione conatus ex sententia Romanorum.

Conatus delinquendi quid sit ex Romanorum sententia, eo minus dici potest, cum ne haec vocabula conjuncta quidem tamquam technica in Jure Romano reperiantur, nec unquam generali aliqua lege de criminum conatu quid constitutum fuisse videatur. In universum non communem Codicem poenarum habuerunt Romani, sed totum eorum Criminale Jus singularibus legibus constabat, et plerumque si laesione aliqua prohibita ejus laesionis conatum quoque voluerunt prohibere, facta ipsa descripserunt, quae in legis animadversionem inciderent. Ex his patet, ejusmodi facta, si ea ad notionem practicam de conatu aestimamus, omnia potius tamquam consummata delicta fuisse punienda, et sic de conatu delictorum in sensu practico minime dicendum esse Jure Romano. Contra si ad laesionem ipsam respicimus, cujus prohibitionem potissimum leges Romanorum poenales spectabant, disquirere bene admodum possumus, qua ratione harum laesionum conatus apud eos puniti fuerint, adeoque qua ratione praeter consummatam laesionem ii et exsecutionis initium et exsecutionis prae-

parationem punierint. (1). Ex eadem ratione nihil in legibus Romanis de conatus divisione invenitur, licet alii triplicem conatus distinctionem admittendam esse ex Jure quoque Romano contendant, nempe *conatum remotum*, *propiorem* et *proximum*, in eo sensu quem supra exposuimus, sive etiam aliis utantur nominibus de quibus jam superius sermo fuit, nempe *delicti perfecti*, *conatus proximi et remoti* distinctionem in legibus Romanis inveniri existiment. Sed haec divisio nulla Juris Romani lege nititur, et si Germani JCti eam tamquam Juris Communis divisionem proponunt (2), fortasse ea ex Carolina Constitutione desumpta est quae praeter Jus Romanum Juris Communis fons esse intelligitur, et cujus praecepta hic uberius exponere nostrum non est.

Quidam Auctores duplicem solummodo gradum secundum praecepta Juris Romani agnoscunt, conatum scilicet *proximum* ac *remotum*. *Conatum dicunt proximum*, si reus in delicto perficiendo adeo progressus est, ut nihil praeter eventum desit; alia vero facta quae a prima delicti cogitatione usque ad conatum proximum commissa sunt, *conatus remotos* appellant. Per se intelligetur, ejusmodi definitionem non congruere cum ea quam superius proposuimus de conatu proximo et remoto ex rei natura. Illi autem Auctores ad hanc defendendam divisionem his sequentibus argumentis utuntur.

(1) Minus adcurate utramque rem distinxisse videtur CROPP, Comment. laud. sect. 1. pag. 35.

(2) Cf. FEUERBACH, Lehrbuch § 43. — TITTMANN, I. § 97.

Quaedam enim, aiunt, leges reperiuntur in quibus omne factum externum quo manifestatur delinquendi voluntas, poena afficitur, sive, ut Romani dicebant, *dolus pro facto* habetur, in his criminibus nulla habetur ratio quatenus delinquens in consummando delicto progressus sit, sed omnis actus etiam si ab exsecutione maxime foret remotus, poena delicti perfecti ordinaria afficitur. Si quis v. g. hominis occidendi caussa cum telo ambulaverit, vel eum vulneraverit ut occideret, effectu non secuto quoque poena delicti perfecti ordinaria (1) in eum statuta fuisse videtur. Porro in Legem Pompeiam de parricidiis incidebat qui venenum emerat, ut patri daret, licet dare non potuerit (2). Sunt vero leges aliae in quibus tunc tantum punitur conatus, si delinquens quantum poterat delictum perpetravit et solummodo effectus spectatus nondum evenerit. Sic, si quis servo alieno persuaserit ut aliquam rem domini sui subriperet et ad se deferret, servus autem illud domino suo manifestaverit, et domino permittente res ad corruptorem detulerit, et ipse inventus fuerit rem detinens, tenebatur actione furti et servi corrupti (3): unde in hac caussa is qui servum alienum corrumpere tentaverat, licet revera corruptio non evenisset, mo-

(1) Conf. L. 1, princ. L. 7, L. 14, D. ad legem Cornel. de sicariis. — PAULI, S. R. V, 23. § 1. Coll. legum Rom. et Mos. tit. 1. § 6.

(2) L. 1, in fine Dig. ad leg. Pompeiam de parric. Utuntur etiam L. 1. pr. D. de extraord. crim.

(3) L. 20. C. de furtis et servo corrupto, § 8. J. de obligationibus quae ex delicto nascuntur.

mentis fortuitis et a voluntate agentis non pendentibus, nihilominus puniebatur, quia delictum ex ejus parte omnino perfectum erat licet non consummatum (1). Idem, quum furtum quantum poterat, consummaverit, furti quoque nomine conveniri poterat, et in universum, aiunt, in furto conatus nulla poena vindicabatur, nisi delinquens ad usque ultimum actum processisset (2). Sunt denique delicta in quibus ipse eventus ad poenam applicandam necessarius est. Exempla inveniuntur in Lege 1, § ultimo Dig. *quod quisque juris in alterum statuerit etc.* ex qua colligitur eum edicto non teneri qui, cum novum jus in alterum statuere vellet, prohibitus est, nec injuriam consummavit. Similiter qui operas suas locavit ut prodiret artis ludicrae caussa, neque prodiit, non notatur infamia, ex Lege 3 Dig. *de his qui notantur infamia* (3). Ex iis locis quidam Auctores concludunt, esse quosdam casus in quibus non nisi consummata injuria, sive injuria quae habuerit effectum, puniatur, alios in quibus, licet injuriae effectus non requiratur ex parte delinquentis, tamen delictum perfectum esse debeat, in aliis denique delictis omnem animi delinquendi manifestationem qua ad exsecutionem

(1) Conf. CROPP, sect. 1. pag. 104.

(2) L. 21. § 7. D. de furtis, L. 1 § 3. D. de servo corrupt. — CROPP, sect. 2. pag. 139 et 140; utuntur etiam L. 5. § 6 et 11. D. de his qui effuderunt vel dejecerunt.

(3) Exempla etiam reperiuntur in L. 11. D. de in jus vocando, L. 5. § 2. D. si quis eum qui in jus etc. L. 8. C. de his quibus ut indignis hereditas aufertur. — CROPP, sect. 1. pag. 71 et 72. — PHILIPSE, pag. 16 et 17.

tenditur, esse puniendam eadem severitate, qua crimen consummatum, et igitur praeter delictum consummatum distinctionem conatus remoti et proximi esse statuendam, eamque ratione et analogia legum Romanarum inniti, licet verbis expressis in jure sancita non inveniatur (1). Porro alii Auctores nullam prorsus divisionem conatus in Jure Romano admittunt, sed tantum distinguunt *conatum* inter et *delictum perfectum* sive *consummatum*, nec generalem, aiunt, Romanis fuisse de puniendo conatu theoriam, cum puniri tantum potuerit conatus ubi speciali legum dispositione aliquid de eo fuerit constitutum, conatus vero ipsos modo gravius modo levius fuisse legibus punitos, quo magis minusve ii periculi habere existimati fuerint (2).

Si de ea re nostram sententiam exponere licet, haec dicemus : constat quidem, in nonnullis delictis omne factum illicitae rei perficiendae inserviens poena delicti consummati ordinaria puniri, nec etiam negamus, in quibusdam criminibus injuriae conatum solummodo puniri, si delinquens quantum poterat crimen perpetraverit; sed inutile nobis videtur exinde peculiares Juri Romano sistere tentaminis gradus, cum apud Romanos de conatus puniendi ratione nulla exstaret regula generalis, ut magis adhuc infra probabimus. Conatus solummodo puniebatur, ubi speciali lege vel alio jure poena in eum constituta erat, et ea sanctione deficiente

(1) Conf. CROPP, Comment. laud. sect. 1. pag. 50, cui assentitur PHILIPSE, pag. 12.

(2) BYNKERSHOEK, observ. Juris Rom. lib. III. cap. 10. — WINTGENS, p. 61.

nullus conatus coërceri poterat; licetque infitiari non possimus ejusmodi sanctionibus specialibus saepe tantum in superius dicta rstrictione conatum fuisse punitum, nec hoc infitiandum est, interdum ad conatum puniendum tali restrictione opus non fuisse, quin tamen actus delicti exsecutionem solummodo praeparantes puniri potuisse videantur. Nec inde sequitur nullam prorsus divisionem conatus adhibendam esse, in doctrina juris Romani exponenda. Cum enim nulla laudatarum dintiuctionum ab Auctoribus allatarum expresse in legibus sancita inveniatur Jure Romano, cum nec alia ulla regula generalis neque alia ulla particularis divisio conatus in Jure Romano reperiatur, contra vero in diversis casibus diversissimi actus minus magisve a consummatione remoti puniti reperiantur; rationem non videmus, cur non conatus divisionem quam rei naturae optime convenientem diximus, qua scilicet *facta ad delicti exsecutionem tendentia vel eam praeparantia vel ipsam inchoantia* dicuntur, et conatus *exinde* vel *remotus* adpellatur vel *proximus*, non adhibeamus ad praecepta Juris Romani de conatu, sive cur non examinemus, in quibus casibus Romani solam inchoationem, in quibus etiam praeparationem maleficii punierint, in quibus denique vel inchoationis vel praeparationis certos gradus ad punitionem requisiverint. Ante omnia vero paucis examinandum est, quid pro *consummato maleficio* Jure Romo habendum sit? Et in hujus quaestionis responsione monendum primo loco est, JCtos Romanos ipsos interdum ex legis sanctione hanc notionem definiisse videri. Cum enim edicto Praetorio esset constitutum: « *qui magistratum habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit*, » JCti hoc quod edicto prohibitum erat,

revera facto *rem perfectam*, et item *injuriam consummatam* esse dixerunt, ut ex loco superius laudato patet. Siquis cum statuere vellet, prohibitus fuerit, injuriam coeptam esse dixerunt, vel *injuriam non habuisse eventum*. *Injuria* tamen facta fuisse videbatur, sive aliquid *contra jus*, contra edictum factum, edicti vero sanctionem in tali *conatu* non locum habere dixerunt, quia conatus ille non *offuit*. Ex his *injuriae* notio a notione *laesionis* nobis distinguenda esse, et haec sive *damnum* datum praecipue spectatum fuisse videtur, ubi de obligatione ex *delicto* sermo erat, hinc etiam ratione judiciorum privatorum sive civilium non nisi dato damno *delictum consummatum* esse intelligebatur. Saepius vero ad id ipsum, quando damnum datum intelligendum sit, adcuratiori legis definitione opus esse videbatur, ut e. g. in laudata lege laesio facta intelligitur, si *magistratus statuerit*; in furto vero laesio facta censetur facta *contrectatione*. Ut autem in illa lege statuendi conatus non in edicti sanctionem incidere credebatur, quia *non offuit*, ita generaliter in judiciis privatis non nisi *damno dato* legis poena irroganda esse videbatur. Poenae judicio privato petendae generaliter magis pro damni reparationibus quam pro veris poenis habitae fuisse videntur, unde *poenae nomine pecuniae damnum irrogari dicebatur*, et licet saepissime ad legis poenam *culpa levissima sufficiens* erat, ex qua damnum datum erat, regulariter tamen *dolus non pro facto sumebatur*, et laedendi conatus a poena eximinendus censebatur in iis delictis quae privata vulgo dicuntur. *Consummatum* igitur debuit esse *delictum*, sive *damnum* aliquod *datum*, ut ex delicto obli-

gatio, et ex obligatione poenalis actio orta esse censeretur, atque quod egregie confirmat hanc sententiam, hoc est, quod actio data a Praetore in eum qui aliquid positum habuerit cujus casus *nocere posset*, tantum *quasi ex delicto* nasci putabatur. Ceterum fortasse si quis positum habuerit ea mente ut occideret, verum maleficium quoque ille fecisse videbatur gravius animadvertendum, illud vero certissime non tanquam conatus ejus delicti quod *lege Aquilia* vindicandum proponebatur, puniri poterat, sed si animadversionem habuit, in *legem Corneliam* incidit; ex illa non nisi *damnum domini* ex hac *ipsa caedes* vindicabatur, caedisque conatus. Alia enim erat ratio puniendi in publicis judiciis et criminum persecutionibus, in his magis *improbitas* animi aliquo facto manifesta, quam *damnum datum* vindicandum esse credebatur, potissimum ut is qui talem animum habuerit, ex civitate eximeretur cujus communione se indignum reddidit. Hinc plerumque quidem *ne culpa lata quidem dolo aequiparabatur*, *contra dolus pro facto sumi solebat*. Haec tamen regula perpetua non erat, et contra saepe ex factis quae prius si noxia essent judicio privato locum dederunt, posteriori tempore, etiam si damnum iis non datum esse intelligebatur, extra ordinem persecutio locum habuit. Ceterum in ipsorum judiciorum publicorum animadversionibus Romani aliquam *laesionem* spectabant officii civilis, et in ipsis Censorum notis infligendis *Ethica* praecepta non ita spectabantur, ut communiter creditur (1), quare etiam alienum esse non vi-

(1) Cf. CREUZER, Abriss der Roem. Antiquitaeten. Leipzig. 1826, pag. 100, et MOLITOR, de minuta existim. Lovan. 1824. pag. 40. sqbs.

debitur, si in definienda maleficii consummatione a *laesionis notione eximus*, licet *non solas laesiones punitas fuisse* apud Romanos credamus.

§ II.

Jure Romano cogitatio tamquam conatus non consideratur.

Prima quaestio nunc examinanda est haec : an apud Romanos nuda delinquendi cogitatio conatus censebatur et qua talis puniri poterat, cui quaestioni infitiando respondendum esse arbitramur. Hoc eruitur ex L. 18. D. de poenis, *cogitationis poenam nemo patitur :* et etiam L. 53. § 2. D. de verb. sign. in fine : « nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit, » et tandem L. 225. D. ibidem, quae sic sonat : « fugitivus est non is qui solum consilium fugiendi a domino succepit, licet id se facturum jactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit; nam et furem, adulterum, aleatorem quamquam aliqua significatione ex animi propositione cujusque sola quis dicere posset, ut etiam is, qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matrem familias corruperit, si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit, tamen oportere eadem haec crimina assumpto actu intelligi, et ideo *fugitivum quoque et erronem* non *secundum propositionem solam*, sed *cum actu aliquo* intelligi constat. » Hanc etiam sententiam plerique auctores defendunt (1).

(1) MATHAEUS, de crim. prolog. cap. 1. n. 5. pag. 5 et 6. — C. VAN BYNKERSHOEK, Lib. III. 10, in fine et initio. — PHILIPSE, pag. 4, 12, 25,

Nec tamen omnes Auctores de ea re consentiunt. Quidam enim opinantur in Jure Romano praesertim tempore Imperatorum cogitationem aliquando fuisse punitam. Sed ipsos graviter errare contendimus; nam leges quae nostrae sententiae favent adeo sunt perspicuae, ut etiamsi aliae obstarent, solummodo antinomiam admittere possemus, si omni conciliandi ratione careremus. Sed non difficile erit adversariorum argumenta refellere. Opponunt I. Legem 16. D. de poenis in qua dicitur : « facta puniuntur; ut furta, caedes, aut dicta, ut convicia et infidae advocationes, aut scripta, ut falsa et famosi libelli, aut *consilia*, ut *conjurationes* et latronum conscientia. » II. Legem 5. princip. C. ad legem Jul. Majestatis : « quisquis cum militibus vel privatis vel barbaris, scelestam inierit factionem aut factionis ipsius susceperit sacramentum vel dederit, de nece etiam virorum illustrium qui consiliis et consistorio nostro intersunt, Senatorum etiam (nam et ipsi pars corporis nostri sunt) vel cujuslibet postremo qui nobis militat, *cogitaverit* (eadem enim severitate

26, 31, 43, 64, 69, 75. — GROTIUS, de Jure Belli et Pacis lib. II. cap. 20. § 18. — Cf. GELLIUS, Noct. Attic. lib. VII. cap. 3, ubi Cato, Rhodienses defensurus, bellum Romanis eos non intulisse dicit, etsi maxime voluerint, et utitur principio neminem puniri, « *quod arguatur male facere voluisse.* » — CROPP, sect. 1. pag. 63 et seq. — WINTGENS, pag. 20. — POTHIER, Pand. Justin. Tom. III. ad lib. 48. tit. 19. de Poenis, sect. 2. art. 1. pag. 505. n. 45, et idem lib. 48. tit. 8. n. 18, in nota. — CANNEGIETER, ad Coll. legg. Rom. et Mos. tit. 1. § 7, circa finem pag. 184. — Annaeus ROBERT, Rerum judicatarum Lib. 1. cap. 6. pag. 33. Paris 1602. — BARBACOVIUS, opere laud. cap. 10. pag. 73. Cferatur praecipue A. DE SIMONI, Vol. I. pag. 42 sqbs.

voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt,) ipse quidem, utpote Majestatis reus, gladio feriatur. » Quam legem plures de nudo consilio intellexerunt. Sic de ea re loquitur Paillet (1) : « les Jurisconsultes Romains étaient si persuadés de ces principes qu'ils avaient mis hors du domaine de la loi tout ce qui était intérieur, l'empereur Arcade seul osa punir la pensée et Arcade est flétri dans l'histoire. » III. Utuntur lege 6. C. de his qui ad ecclesiam confugiunt. « *Praesenti lege decernimus* . . . nullos penitus cujuscumque conditionis sint, de sacrosanctis ecclesiis orthodoxae fidei repelli, aut trahi, vel protrahi . . . ., his qui hoc moliri aut facere *aut nuda saltem cogitatione atque tractatu* ausi fuerint tentare, capitali et ultimi supplicii animadversione puniendis. » IV. Lege 1, § 3. Digest. de servo corrupto (2), in fine : « qui igitur servum sollicitat ad aliquid vel faciendum vel cogitandum improbe, hic videtur hoc edicto notari. » V. Obstare etiam videntur Lex ultima D. ad legem Juliam Majestatis, L. 6. et 8. C. eodem tit.—VI. Allegant Legem 14 D. ad Leg. Corn. de sicariis et Pauli R. S. Lib. V. tit. 23. « consilium uniuscujusque non factum puniendum est. » Allegatur etiam

(1) Op. laud. ad art. 5. nr. 2, de la charte constitut. — Cferatur WINTGENS, pag. 22. — FIREBRACE, disput. laud. positione 5, Clariss. Gabini DEWAL, Orat. in Annal. Academ. Groninganae 1820-1821. pag. 27 et 28. — Joan. DOMAT, leg. delect. ad Pand. Lib. 48. tit. 1. n. 3, et ad Lib. 48. tit. 19. n. 21, idem n. 1, ad tit. D. de extraord. crim. et ad tit. D. de furtis n. 1, et idem DOMAT, suplément des lois civiles dans leur ordre naturel. livre III. tit. 2 n. 2 et 5. — GOTHOFREDUS, ad L. 14. ad leg. Cornel. de sic.

(2) Cf. WINTGENS, pag. 22. not. 18.

Cicero, paradox. 6. et pro Milone cap. 7. « nisi forte quia perfecta res non est, non fuit punienda, perinde quasi exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicentur. » Seneca controvers. V. 32. Valerius Maximus, Lib. VII. cap. 1. nr. 8. « non enim factum tunc sed animus in quaestionem deductus est, plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit. » Donatus in Andriam: « non perficere sed conari aliquid velle, ad scelus perfectio est. » Apuleius IV. Florid. « in maleficiis etiam cogitata scelera adhuc vindicantur, cruenta mente, pura manu. » Aelianus, Hist. Lib. XIV. « Οὐ μόνον ὁ ἀδικήσας κακός, ἀλλὰ καὶ ὁ ἐννοήσας ἀδικῆσαι παρά γε ἐμοὶ κρίσῃ. » Juvenalis satyr. XIII. « Nam scelus intra se tacitum qui cogitat ullum, facti crimen habet, » et tandem Servius qui ad hunc versum Virgilii, Lib. VI, Aeneid. « *Ausi omnes immane nefas ausoque potiti.* » notavit, « id dici secundum Romanum ritum in quo non tantum exitus punitur, sed et voluntas. »

§ III.

Infirmantur objectiones.

Objectiones quae ex locis superiori § laudatis contra propositum a nobis praeceptum repeti posse videntur, sequentibus facile infirmantur. I. Ex Leg. D. 16 de poenis nullo modo patet, nudam cogitationem esse puniendam, dicit quidem Jureconsultus consilia aliquando puniri, sed exemplum quo uti-

tur, ad conspirationes pertinens, evidenter probat, ibi de consilio factis externis et ad delictum tendentibus manifestato sermonem esse. Ibidem etiam agitur de consiliis puniendis sive de pravis suasionibus, sed hoc non ad cogitata scelera pertinet, verum ad consilia quae aliis damus ut damnum aliis inferant (1). II. Obstare quidem maxime videtur illa Lex. 5. C. ad leg. Jul. Majestatis, sed nec hanc credimus de nuda cogitatione intelligendam esse. Certe enim in ea quoque sermo est de casu, si delinquens aliquod factum commiserit ad exsecutionem tendens. Hoc jam aliae leges quas supra allegavimus, aliquo modo probant, et certissime si lex illa de nudo consilio intelligeretur foret absurdissima. Cum vero ita debeamus interpretari leges, ut cum juris ratione possint aliquo modo consistere, potius dicendum est, dumtaxat puniri cogitationem actione quadam externa ad delictum tendente, probatam (2). Porro in ea lege Imperatores eodem utuntur principio quod jam in Digestis admittebatur,

(1) Conf. GELLIUS, Noctes Attic. Lib. XI. cap. 18, in fine. — BYNKERSHOEK, opere laud. III. 10. § 2. Vol. I, pag. 256.

(2) Conf. PHILIPSE, pag. 25 et 27. — CROPP, sect. I, pag. 63, et 100. sect. II. pag. 23 et 24. — STRYCK, de jure sensuum diss. 10. cap. 6. n. 12. Idem ad Pandectas Lib. 47. tit. 1. § 6. — MATTHAEUS, de criminibus, Lib. 48. tit. 2. cap. 3. n. 4. — DEGHEWIET, instit. du droit Belg. Vol. II. part. 4. tit 6. § 7-8. Contra HEINECCIUS, ad Pand. Lib. 48. tit. 4. § 175, ad leg. Jul. Majest. Cferatur etiam PEREZIUS, ad Instit. Lib. IV. tit. 18. Amst. 1773, pag. 531, de quaestione « quae sunt in hoc majestatis crimine singularia. » nr. 2.

dicentes : *eadem severitate sceleris voluntatem qua effectum puniri jura voluerunt* (1). Ratio igitur qua nititur illa lex, non est nova; jure Digestorum vero constat, ex legibus quas proposuimus, nudam cogitationem non puniri, hanc sententiam igitur nec mutare voluerunt Imperatores, cum in Lege 5. allegarent *id quod jam antea jura statuerant.* Hoc etiam probat Lex 7. § 3. D. ad leg Jul. Majest. nec difficile est rationem reddere, cur in ea lege verbum *cogitaverit* usurpatum sit. Nullam enim poenam posse irrogari putat JCtus, nisi constet delinquentem serio delictum committere voluisse (2); et propterea dicit videndum esse num accusatus revera de crimine cogitaverit. Hinc vero non sequitur, solum consilium puniri, multo potius disserte dicitur, et personam spectandam esse, an potuerit facere, *et* an ante quid *fecerit*, *et* an *cogitaverit*, et an suae mentis fuerit. Nec sane credendum est, Romanos Imperatores ab hoc principio aberrasse, et verbum *cogitaverit* quod in pr. L. 5. C. ad Leg. Jul. Maj. legitur, manifeste pertinet ad verba praecedentia, ubi de *factione scelesta* sermo est, quae verba idem fere sonant ac gallica *bande de malfaiteurs*. Generaliter vox *factio*, ut docent Festus et Non. Marcellus, ab initio honestam significationem habuit et i. q. *collegium* indicavit, postea ad illicitas societates adplicatum est, eoque *seditiones et arma*

(1) Cf. L. 4. D. ad Leg. Corn. de Sicariis.

(2) Conf. BEXON, parallèle du Code pénal d'Angleterre avec les lois Françaises Paris an VIII. pag. 202.

dici coeperunt, *malorumque consensus et conspirationes* (1). Idem dicendum est de § 4. ejusdem Legis 5. scilicet de verbis : *ex tempore* quo *primum de ineunda societate atque factione cogitaverint*; et hic locus sane intelligendus est, ac si diceretur : *ex tempore quo primum dato sacramento ad societatem accesserint.*

In aliis etiam legibus saepissime verba *cogitatio*, *voluntas* pro consilio actibus externis manifestato sumuntur. Sic in Leg. 1. D. de extraord. crim. dicitur : « sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, et si effectu sceleris potiri non possint, propter *voluntatem perniciosae libidinis* extra ordinem puniuntur. » Ibi evidenter loquitur JCtus de conatu sive de cogitatione factis conspicua, et tamen ait, delinquentem puniri *ob pravam voluntatem*, quare etiam idem dicendum in nostra Leg. 5. (2) videtur. Porro in L. 1. Cod. Theod. de ambitu legitur : « si quis

(1) Cf. BRISSONIUS, s. v. *factio*, et L. 11. § 2. D. de poenis : « proposito delinquunt *latrones* qui factionem habent, » cum quibus locis art. 265. 266. Cod. poen. conferantur. Verba « ce crime existe par *le seul fait d'organisation de bandes*, » non minorem vim habent ac ea « *qui factionis susceperit sacramentum*, » additaque verba « *de nece etiam cogitaverit* » demonstrare tantum *illicitae societatis* FINEM videntur.

(2) STRYCK, de jure sensuum diss. 10. cap. 6. n. 20. — PEREZIUS, ad Cod. Lib. IX. tit. 8. ad leg. Jul. Majestatis n. 12. — FABER, ad Cod. Lib. IX. tit. 8, ad leg. 5. laud. Leg. Jul. Maj. — GOTHOFREDUS, ad leg. 1. Cod. Theod. de Ambitu, idem ad leg. 2. Cod. Theod. de raptu vel matrim. sanctimon. virgin. — ZOESIUS, ad Pand. Lib. 48. tit. 4. n. 11, at ad tit. Pand. de poenis n. 33.

ad illustrem palatii nostri ambierit dignitatem, atque ad eos honores ascendere ambitione *tentaverit*.... deportationis mulctetur exilio, neque aliud inter coeptum ambitum et perfectum esse arbitretur, *cum pari sorte leges scelus quam sceleris puniant voluntatem.* » Haec sunt fere prorsus eadem verba quae in nostra Lege 5. inveniuntur, et tamen hic evidenter de conatu sermo est; cum igitur utraque lex eadem ratione nitatur, in utraque de eodem casu sive de conatu agi maxime veri simile est. Facta ad delictum tendentia ex quibus vero laesio non sequebatur, respectu ad *eventum*, saepius sub nomine *voluntatis* indicari, magis evidenter sequitur ex Lege 3. D. de his qui notantur infamia, in qua *consilium* pro *conatu* sumitur; idem dicendum de Leg. 7. D. ad leg. Corn. de sicariis, *ubi dolus* eamdem atque *conatus* significationem habet (1). III. L. 6. Cod. de his qui ad ecclesiam conf. in qua Imperator Leo statuit poenam capitalem in eos qui ex sacrosanctis ecclesiis confugas protraxerint, et in eos qui hoc moliri aut facere aut nuda saltem cogitatione atque tractatu, ausi fuerint tentare, dissentientium caussae omnino favere videtur. Sed et haec objectio nullius momenti nobis esse videtur, verba enim haec de *nuda cogitatione* non separatim sumenda sunt, sed conjungenda cum verbis sequentibus *atque tractatu*, unde non solum adesse *cogitatio* sed simul etiam *tractatus* debet ad poenam legis irrogandam. Hoc etiam probatur ex verbis sequentibus *ausi fuerint tentare*,

(1) Cf. L. 16. pr. D. de poenis. — BYNKERSHOEK, opere laud. Lib. III. cap. 10. § ultim. et quoad Jus Canonicum : cap. 14. et 20. Dist. 1. de poenit.

quae sane non de nuda cogitatione intelligi possunt, vocis enim *tentare* vera sententia includit facta externa criminis exsecutioni inservientia. Nihilominus Cropp (1) opinatur, in ea lege de nudo consilio puniendo sermonem esse, ideoque contendit, eum qui se consilium iniisse criminis perficiendi nudis verbis narraverit, in hanc legem incidere; talis vero vocis *tentare* acceptio omnino est ab usu latine loquentium aliena. Nuda, ait quidem Cropp, cogitatio in Lege 6. opponitur ei quae cum actu externo conjuncta est, atque significat *quod solum in animo agitur*, quod idem *tractatus* verbo indicatur. Sed hanc posteriorem sententiam omnino negamus, verbum enim *tractatus* videtur indicare actum quemdam externum, dicitur scilicet *rem tractare* is qui de ea re cum aliis loqui coepit, ita ut ad finem aliquem perveniretur. Nec obstat quod asserit Cropp, verbum *tractatus* nihil aliud significare nisi deliberationem, argumento Legis 22. § ultimo C. de jure deliberandi et de adeunda hereditate. Etenim num verbum *tractatus* in ea lege pro *deliberatione* sumatur, adhuc ambigi potest, cum dicatur de *tractatu* quo habito melior *exitus* inventus sit; ex his verbis *tractatus* hic potius *investigationem* videtur significare quae ipsa dici potest *conatus* quo perveniatur ad aliquid *inveniendum*. Ceterum etiamsi hic deliberationem significaret illa vox, longe alio sensu eam in aliis legibus usurpari constat. Sic in Leg. 32. D. pro socio, ea designat *conventionem habitam* (2), et in nostra lege eadem

(1) Sect. I. pag. 100.

(2) Conf. BRISSONIUS, de verb. sig. sub verbo *tractatus*, item Lexicon Joannis CALVINI, sub eodem verbo, et tandem PRATEJUS, sub eadem voce.

conventionem significari aliquo modo defendi posset. Cum enim agitur de iis qui aliquem e sacrosanctis ecclesiis extrahere tentassent, an non forsitan intelligi posset noster locus de casu, quo duo vel plures inter se convenerunt de crimine communibus viribus consummando, sive de hoc inter ipsos convenit, ut alter eorum crimen exsequeretur. Qua explicatione adoptata semper adhuc dura manet lex, cum summo supplicio adficiatur conatus remotus isque verbalis tantum, attamen illa explicatione salva regula manet, non puniri cogitationem nisi manifestam facto quo tendatur aliquo modo ad delicti exsecutionem. Eam regulam Imperatores in nostro quoque casu servare voluisse, etiam probatur Lege 2. Cod. de his qui ad ecclesiam confugiunt (1), ubi ad poenae applicationem requiritur conatus. Ceterum opus non est, ut loco *tractatus* in L. 6. laud. legatur *contractus*, ut quidam legunt, hac autem lectione confirmatur sententia nostra, si illa fide Manuscriptorum nititur (2). Monendum denique est, ante ambigua illa Legis 6. verba, etiam haec legi : « nec pro his (qui scilicet ad Ecclesias debitis fatigati confugerint,) venerabiles Episcopos, vel religiosos Oeconomos (i. e. ab Episcopis vel Oeconomis) exigi quae ab ipsis, scilicet confugis, debeantur. » Ad haec fortasse illa verba dubia potissimum spectant, et tunc etiam explicari melius ea possunt, nam tunc videtur *nuda cogitatio et tractatus*, i. e. exactio pecuniae debitae sim-

(1) Matthaeus, de criminibus, Lib. 48. tit. 10. cap. 3. not. 6. de sacrilegio.

(2) Cf. Stryck, de jure sens. 10. cap. 1. nr. 3. 4. — Struvius, ad Pand. Lib. 47. tit. 1. exercit. 48. th. 4.

plex, simplex tractatus de solvenda pecunia cum Episcopo, opponi *exactioni non nudae* v. g. cum minatiis factae. Denique tota lex versa esse ex textu Graeco in Latinum videtur, et hic aliis vitiis laborare.

IV. Quoad Legem 1. § 3. D. de servo corrupto, qua usus est Wintgens, non video quid in ea lege nobis obstare possit, agitur enim de eo qui servum deteriorem facere voluerit prava persuasione et sane hoc non ad nudam cogitationem pertinet, nec obstant verba : « qui servum sollicitat ad aliquid faciendum vel cogitandum improbe, notatur edicto. » Nam ex parte delinquentis adsunt facta externa sollicitationis. V. Opponitur etiam Lex ultima Digestorum ad Leg. Jul. Majestatis, in qua dicitur : « plane, non quisquis legis Juliae Majestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus Rem Publicam vel Principem animatus. » Ex verbis *hostili animo animatus* etiam argumentatur Wintgens, sed nullius momenti est haec objectio. Nam ut ex ea lege patet, erat differentia apud Romanos inter crimen perduellionis et majestatis, et in fragmento nostro describit Ulpianus, quid sit perduellio ; verba autem quibus utitur, discerpta sunt ex disputationibus in quibus JCtus singulares procul dubio quaestiones tractavit, illaque omnino sunt cum iis quae ejusdem JCti verba de eodem argumento scripta in Leg. 1. § 1. ad leg. Jul. Majestatis continentur, conjungenda. Facta hac collatione constabit, verba *hostili animo contra Rem Publicam animatus* nihil aliud indicare quam haec : *qui contra Rem Publicam arma gesserit, qui hostibus Populi Romani nun-*

tios litterasve miserit, aut hostes adversus Rem Publicam concitaverit, in dicta Lege 1. § 1. (1). Porro Lex 118. D. de verb. sign. quis esset *hostis* definiit, quem scilicet Veteres *perduellem* adpellabant, de quo dicitur L. 234. D. de verb. sig. Ex his magis adhuc verba *hostili animo* explicantur, neque certe quis *hostili animo contra Rem Publicam animatus* dicebatur, ita ut in legem Juliam Majestatis incideret, si se in nuda cogitatione continuisset. (2) In quos revera poena a lege Julia Majestatis statuta fuerit, evidenter patet ex Legibus 1, 2, 3, 4, ad Legem Juliam Majestatis, ad quas igitur referendum est nostrum fragmentum (3), in quo Ulpianus non voluit casum aliquem nondum nominatum in quo ex Lege Julia etiam poena locum habere posset, ad alias casus alibi expositos adjicere, sed tantum ex casibus Lege Julia nominatis et ab ipso alibi adcuratius descriptis, paucioribus verbis eum indicare, in quo Legis Juliae crimen continuari etiam post rei mortem posset. Ex eadem causa nostrae sententiae non valde obstant Leges 6. et 8. Cod. eodem titulo; ibi enim agitur de eadem quaestione, nec verba « ex eo tempore quo hanc cogitationem subiit, propter cogitationem dignus est poena, » aliter ac de cogitatione actu manifesta sunt intelligenda. Ceterum hic locus non nisi recentior est loci Basilicorum interpre-

(1) HEINECCIUS, ad Inst. Lib. IV. tit. 28. § 1340 a 1344.

(2) Conf. STEINMETZ, de perd. crim. cap. 2. § 1. pag. 32 et 33 et pag. 35. Groning. 1821.

(3) HEINECCIUS, ad Pand. Lib. 48. tit. 4. § 173. — CROPP. sect. II. pag. 10 seq. et pag. 21. — MATTHAEUS de crim. Lib. 48. tit. 2. cap. 2. nr. 2 et seqq.

tatio latina. VI. Quoad Legem 14. D. ad leg. Corn. de sicariis et locum ex Pauli Recept. Sent. V, 23. § 3, ea ad conatum referenda esse dubium vix esse potest, et solum hoc iis indicari patet, in quibusdam criminibus non requiri *consummationem*, sed jam *consilium puniri*, si *conjunctum sit cum actu externo quo ad consummationem tendatur*. Eadem est vis atque potestas reliquorum locorum superiori § laudatorum, et etiam Servii locus ad Virgilium potest intelligi ac si dixisset auctor Jure Romano non solum eventum puniri sed insuper requiri animum nocendi (1); praeterea auctoritas ejus scriptoris nullius est momenti contra legum expressas dispositiones (2). Nihil dicimus de Lege 1 princ. D. de extraord. crim. nam ibi agitur de nuptiarum alienarum sollicitatione ideoque evidenter de conatu (3). Exinde videntur omnes objectiones facile infirmari posse, si animadvertamus, Jure Romano conatum, quatenus eventui sive crimini perfecto opponebatur, designari sub nomine *consilii*, aut *voluntatis*.

§ IV.

Explicatur L. 18. *D. de poenis.*

Sentential nostra de vero Juris Romani praecepto circa cogitationem maleficiorum praecipue Lege 18. D. de poenis

(1) BYNKERSHOEK, loco laud. Lib. 3. cap. 10. initio.
(2) MATTHAEUS, de crim. Lib. 48. tit. 18. cap. 4. nr. 13. initio.
(3) DOMAT, cum notis BOUCHEVRET, ad Lib. 48. tit. 4. Digestorum nr. 3 et ibi notae.

nititur. Cujacius autem (1) hanc legem restrinxit ad edictum *quod quisque juris in alterum statuerit*, ita ut ex illius sententia eadem solummodo de casu L. 1. § ult. D. h. t. intelligenda esset : quam opinionem repetit ex inscriptionibus utriusque legis, ex quibus constat utramque ex Ulpiani Lib. III. ad edictum desumi. At licet hae leges ex eodem libro Ulpiani ad edictum desumantur, exinde non sequitur, Ulpianum ipsas de eodem casu atque argumento intellexisse, et hinc ambigi non posse videtur, verba generaliter, prout sonant, accipienda esse. Sunt quidem casus in quibus legum inscriptiones ullius momenti esse possunt in interpretatione, sed sine gravissimis rationibus legis sensum generalem propterea restringere non possumus (2). Praeterea non hoc solum debemus indagare, de qua re voluerint Jureconsulti loqui in singulis fragmentis quae in Pandectis leguntur, sed etiam quid revera Justinianus in animo habuerit, cum eadem in Pandectis reciperet, ut Imperator in Lege 2. § 10. Cod. de veteri jure enucleando, ipse ait ; et cum ut ejusdem verbis utar, « hoc ab eo effectum sit, ut si quid in legibus Antiquorum Juris Auctorum vel supervacuum vel imper-

(1) Conf. CUJACIUS, Observationum Lib. VIII. cap. 22. Idem ad Lib. IX. Cod. ad leg. Jul. Majestatis, et ad Lib. VI, tit. 2. Cod. de furtis et servo corrupto. — SCHULTINGIUS, ad Coll. leg. Rom. et Mos. I. 7. pag. 731. in Jurispr. Ante-Justin. Lipsiae 1737. — BUGNYON, in legibus abrogatis Lib. I. 160, Bruxelles 1666. — DESPEISSES oper. Vol. II. pag. 128, Lyon 1677.

(2) V. Cl. GLÜCK, Comment. B. I. pag. 64-69. — Viri Celeberrimi THIBAUT, Theorie der logischen Auslegung des Rœmischen Rechts p. 151 et 152.

fectum vel minus idoneum esset, vel *adjectionem* vel *deminutionem* necessariam acciperet, et restrictissimis traderetur regulis, » etiamsi constaret, ex sententia Ulpiani Leg. 18. D. de poenis ad edictum *quod quisque* pertinere, nihilominus defendi posse credimus, ipsam, prout nunc in corpore juris scripta reperitur, generaliter esse sumendam. Nam ea *simplicem* regulam continet sine ulla adpositione, et in titulo de *poenis* collocata est, ut de vera Justiniani mente ne minimum superesse possit dubium. Porro in illa lege generaliter sumpta continetur principium vere aureum et ab omnibus Auctoribus omnium saeculorum laudatum, quod secuti sunt legumlatores (1), quare ex caussa vana et futili ejus legis sensum evertere eo minus licet, cum ea aliis juris locis sit consentanea. Certum igitur atque demonstratum est, simplicem cogitationem apud Romanos non fuisse punitam neque ex Jure Romano pro delicti conatu posse haberi. Etiamsi igitur constaret, aliquem firmum iniisse criminis exsequendi propositum, v. g. ex ipsis ejus verbis, in nullo casu ille posset puniri, nisi simul verbis suis vel alio facto ad delicti executionem adducendam aliquo modo spectaverit, et hanc esse veram mentem Legis 18. D. de poenis contendo.

Dissentiunt quidam Auctores (3) qui, distinguentes, eam

(1) KEMPER, aanmerkingen op het crimineel Wetboek van Holland, ad art. 16.

(2) Cf. L. 53. § 2 et 225. D. de V. S.

(3) Conf. W. T. BADERUS de conatu punibili, Argentor. 1645, th. 1. — ELSAESSER, de initiis delict. Tübing 1768. § 13 et 14. — ENGELBRECHT de malef. coept. Helmstad. 1680. cap. III. th. 4.

legem intelligunt tantum de cogitatione nullis factis externis manifestata sed in solo pectore inclusa. Sed de tali casu legem illam intelligere non possumus, alias enim ea foret ridicula, per se enim patet, non posse quaestionem moveri in judicio de aliqua re quae in arcano pectoris abscondita manebat, quae nec verbis nec ullis factis externe manifestata nondum ad hominum notitiam pervenit, quare etiam nec legis praeceptum aliquod potest de ea re proponi. Cum autem Ulpianus certissime loqui vellet de casu qui aliquando occurrere posset, Lex 18. D. de poenis, ut saepius diximus, intelligenda est de consilio delinquendi quod quidem facto manifestum est, sed ad quod perficiendum, nihil adhuc factum esse intelligi potest; atque hoc confirmatur Lege 225. D. de verb. sign. « fugitivus est non is qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, *licet id se facturum jactaverit* (1). » In hoc sensu etiam Divus Ludovicus Galliae Rex eamdem regulam sanxit. Sed aliter res se haberet, si consilium delinquens manifestaret verbis sive factis quae ad exsecutionem tenderent. Sic conjurationes puniuntur Lege 16. Digest. de poenis, quia in iis jam inest conatus remotus, qui enim sibi delicti consortes quaerit, facta praeparatoria committit; eadem ratione etiam qui milites sollicitaverit contra Rem Publicam, punitur (2). Sed nunc videndum est, qua ratione puniatur conatus Jure Romano.

(1) Conf. STRUVIUS, ad Pand. Lib. 47. tit. 1. Exercit. 48. th. 4. lit. γ.

(2) Lex 1. § 1. D. ad Leg. Jul. Majestatis, videatur etiam Lex 1. prin. Dig. de extraord. crim. Lex 1. § 3. D. de servo corrupto, Lex 6. D. de his qui ad ecccles. conf.

§ V.

Exponuntur diversae de punitione conatus sententiae Interpretum Juris Romani.

Qua poena afficiebatur conatus apud Romanos? Haec est quaestio quae ad apices juris pertinet; de ea enim omnes fere dissentiunt Interpretes, quorum sententiam hic exponimus. Plurimi quidem opinantur in atrocissimis delictis conatum eadem poena qua crimen consummatum puniri (1). Adeoque hanc sententiam in omni Europa ab Auctoribus probatam esse, ait Matthaeus loco mox laud. Contra leviorum delictorum conatum mitius puniendum esse censent plurimi; unde quidam hanc theoriam condiderunt, leviorum scilicet delictorum conatum regulariter ab omni poena liberandum, in gravioribus vero conatum quidem proximum in omni casu, exceptis solummodo quibusdam delictis, eadem poena qua consummatum crimen, contra conatum propiorem mitius castigandum esse. Quae autem crimina vel graviora vel leviora sint, nullomodo ab his auctoribus defini-

(1) CUJACIUS, Observ. Lib. XV. cap. 25. Idem ad Pauli S. R. V. 33. § 3. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 19. cap. 4. nr. 13. — A SANDE, Decisiones Frisicae Lib. V. tit. 9. defin. 11. — IULIUS CLARUS, Pract. crim. quaestio 91, 92 et seqq. — DAMHOUDER, Pract crim. cap. 67. nr. 12 et 13 et cap. 97. nr. 15. cap. 105. nr. 11. — GOTHOFREDUS, ad Leg. 1. Cod. Theod. de ambitu. Tom. III. pag. 225. Idem ad L. 18. D. de poenis. — SCHULTING, Coll. leg. Rom. et Mos. I. 7. in Jurisp. Vet. pag. 732.

tur (1). Cropp vero, sectione I. pag. 68 et seqq. novam sententiam proposuit. Conatum nempe leviorum delictorum sive, ut ait, *privatorum* a poena immunem esse credit, licet temporibus posterioribus id mutatum esse fateatur. Quoad crimina *publica* distinguit inter *ordinaria* et *extraordinaria*, et horum quidem conatus in singulis casibus puniri, illorum vero tentamen in omni casu eadem poena qua crimen perfectum afficiendum esse contendit. Alii existimant, conatum in regula puniri sed solummodo poena extraordinaria, nisi lex ordinariam infligi jubeat. Ceterum in singulis casibus solummodo poena eadem qua consummatum scelus coërcendum esse conatum dicunt, si sit conatus proximus (2). Antequam autem, quid de ea re sentiamus ipsi, exponamus, necesse est proponere rationes quibus utuntur varii Auctores. Qui conatum in atrocissimis delictis puniri ut scelus consummatum censent, utuntur l. Leg. 3. D. de his qui notantur infamia, in qua dicitur : « qui operas suas locavit, ut prodiret artis ludicrae caussa, neque prodit, non notatur, *quia non est ea res adeo turpis ut etiam consilium puniri debeat.* » Ex quibus ultimis verbis efficiunt, esse differentiam inter crimina *graviora et leviora*, respectu ad conatum, et ex tota lege colligunt, conatum in gravioribus

(1) HUPKA, opere laud. § 141 et 142. — G. ENGELBRECHT. cap. 6. th. 5. — JOANNES CANNEGIETER, ad Coll. legum Rom. et Mos. pag. 184.

(2) Conf. HAASIUS, Comm. ad Leg. 16. § 8. D. de poenis pag. 22. nr. 37 et pag. 39 et seqq. — BOEHMER, ad. Carpzov. Part. 1. quaest. 2. observ. 4. nr. 5. — STRUVIUS, ad Lib. 47, tit. 1. Pand. Exercit. 48. th. 5. lit. D.

delictis ad poenam irrogandam sufficere. II. Argumentantur etiam ex Lege 5. Cod. ad Leg. Jul. Majestatis, de qua jam supra egimus, ex verbis : « *eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt* (1). » Porro utuntur L. 1. princ. § 1 et 3. L. 7. D. ad Leg. Corn. de sicar. et L. 7. Cod. eodem tit. in quibus dolus pro facto habetur, et non minus punitur is qui hominis occidendi caussa cum telo ambulavit, aut qui vulneravit aliquem cum animo occidendi, quam si revera crimen perfecisset; tum L. 1. in fine D. ad Leg. Pomp. de parricidiis, qua tenetur filius qui emit venenum ut patri daret, porro L. 5. Cod. de episcop. et clericis, et praecipue L. 14. D. ad Leg. Corn. de sicar. « *in maleficiis spectatur voluntas non exitus.* » Allegant etiam Leg. 7, et ultimam C. de Calumniator. Leg. 6. C. de his qui ad eccles. Leg. unicam C. si quacumque praeditus potestate, et Leg. unicam C. de raptu virginum. Ipsis quoque favere videtur Seneca, in loco jam laud. « *omnia scelera etiam ante effectum operis quantum culpae satis est, perfecta sunt,* » item Quintilianus in declamatione 271, « *insidiatus civi etiam si non fecerit scelus, poenas tamen legibus solvit,* » et declamatione 281. Utuntur etiam sententia quae invenitur in oratione Maximi Tyrii, his verbis : *καὶ μοιχὸν κολάζει ὁ νόμος, οὐ τὸν δράσαντα μόνον, ἀλλὰ καὶ τὸν βουληθέντα κτλ.* et loco ex promptuario Harmenopuli, Lib. VI. tit. 6. (2) :

(1) Cf. L. 1. C. Theod. ad Leg. Jul. de ambitu.

(2) Cf. CUJACIUS, Observ. Lib. XIX. cap. 10. Idem ad Lib. V. Cod. tit. si quacumque praeditus potestate, ad Lib. VI. tit. 2. Cod. de furtis et servo

Φονεὺς ἐςὶν ὁ σκόπον ἔχων Φονεῦσαι, κἂν Φονεύσῃ κἂν μὴ Φονεύσῃ. Haec omnia denique confirmari videntur L. 157. D. de R. J. ubi de maleficiis sermo est quae habeant atrocitatem *facinoris* vel *sceleris*. Cropp ad suam defendendam sententiam dicit, differentiam inter leviora et atrociora delicta niti Lege 3. D. de his qui notantur infamia, et simul Lege 5. § ult. D. de poenis, in qua dicitur : « refert et in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur an casu, et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut justam eligere debet aut temperamentum admittere. » Atrociora autem et leviora eadem esse atque *publica* et *privata* probare conatur ex variis locis (1). Conatum vero privatorum nulla poena plecti contendit, nullum enim talis poenae vestigium inveniri in JCtorum fragmentis, licet Justinianus jus novum introduxerit in Lege 20. C. de furtis et servo corrupto. Suam autem sententiam de publicis delictis probare conatur Lege 14. D. ad Leg. Corn. de sicariis quam generaliter accipiendam esse sustinet, et ad delicta publica omnia pertinere (2). Eamdem legem ad omnia delicta extraordinaria referendam

corrupto et ad Librum IX. Cod. ad Leg. Jul. Majestat. in fine. — Faber, ad Codicem, de poenis def. 20. — Philipse, pag. 17 et seq. — Perezius, ad Cod. Lib. IX. tit. 8. nr. 12, ad Leg. Jul. Majest. Idem ad Lib. IX. Cod. tit. 16. nr. 5 et 6. — Tuldenus, ad Cod. Lib. IX. tit. 47. n. 2. — Matthaeus, Lib. 48. tit. 3. cap. 6. nr. 9, et Lib. 48. tit. 5. cap. 6. nr. 3. — Wesenbecius, ad Leg. Corn. de sicariis, nr. 16 et 17.

(1) Sect. I. pag. 68. not. 41.

(2) Cf. Sect I. pag. 71, coll. cum pag. 60 et 61.

esse opinatur, argumento etiam Legis 20. Codicis de furtis (1), nisi lex aliud quidquam expresse statuerit, ut in Lege 1. § ult. D. quod quisque juris, in Lege 5. § 2. D. ne quis eum qui in jus, et Lege 11. D. de in jus vocando.

§ VI.

Demonstratur, Jure Romano conatum non puniri, nisi poena in eum specialiter constituta.

Conatum Jure Romano ex regula generali in omnibus maleficiis puniendum esse, falsissimum est, et licet, ut superius jam dictum est, in conatus poena constituenda Romani rationem habuisse videantur differentiae inter poenas judicio privato petendas, et eas quae judicio publico irrogabantur, ne exinde quidem e. g. pro publicis criminibus de conatu puniendo regula generalis atque perpetua sisti potest, sed potius dicendum est, solummodo conatum puniri potuisse apud Romanos in casibus, ubi speciali legis dispositione in eum poena statuta erat (2), nec Justinianus generalem de hac re regulam proponere voluit; nam I. nulla

(1) Pag. 71-75.

(2) Cf. LEYSERUS, Medit. ad Pand. Vol. IX. spec. 602. nr. 4, et seq. pag. 513-514. — PUETTMANN, Elem. Juris. Crim. § 32 et 58. — BYNKERSHOEK, Lib. III. cap. 10. — PHILIPSE, pag. 15 et seqq. — POTHIER, ad Pand. Lib. 48. tit. 8. n. 18. — MITTERMAIER, Heidelberger Jahrbücher der Literatur 1824. pag. 655. — HEINII, praeside T. THOMASII, defensa dissert. an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus Lips. 1735. § 8.

regula generalis occurrit de puniendo conatu, contrà II. in L. 16. pr. D. de poenis, Saturninus ait : « aut facta ut caedes, furta etc. aut dicta, aut scripta, aut consilia puniri, » et in paragrapho primo sic prosequitur : « sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis, caussa, personà, loco, tempore, qualitate, quantitate et *eventu*, » item § 8, verbis expressis, *eventum* spectari et ab hac regula legem Corneliam esse exceptionem, docetur. Quae lex evidenter nostram sententiam probat, nam cum in poena applicanda regulariter eventus ratio est habenda, exinde sane sequitur solum conatum in genere non esse puniendum. III. Si in omnibus atrocioribus vel solummodo in omnibus publicis criminibus eadem severitate qua crimen consummatum conatus ex regula quadam generali fuisset puniendus, non sane opus fuisset tot legibus particulares de conatu sanctiones addere, nec JCti ad demonstrandum, puniri debere conatum in aliquo crimine, peculiaris alicujus legis verba, sed potius generale praeceptum adlegassent. Ubi vero, ut in L. 7. D. ad Leg. Corn. de sicar. L. 1. § 3. D. eodem, L. 7. Cod. eodem, L. 5. Cod. ad Leg. Jul. Majestatis, multisque aliis locis, de puniendo conatu sermo est, semper hoc tamquam constitutum peculiari sanctione consideratur alicujus legis singularis, de aliquo peculiari scelere scriptae, vel tamquam jus singulare alio modo constitutum. IV. Manifestum est in lege Julia de adulteriis de puniendo conatu non fuisse sermonem, quod etiam fatetur Cropp (1). Nec Lex Julia ad

(1) Sect. II. pag. 111 et 112. — Matthaeus, ad Lib. 48. tit. 3. cap. 2. nr. 6. tit. 18. cap. 4. nr. 13.

poenam applicandam *expresse* crimen *consummatum* requisivisse vel conatum a poena *expresse excepisse* videtur. Nihilominus JCti pudicitiam attentatam nullatenus tamquam stupri conatum puniendam esse existimabant, quod tamen censere debuissent, si generali lege criminum conatus fuissent poena sanciti. Propter pudicitiam attentatam igitur non legis Juliae poenam sed tantum injuriarum actionem locum habere posse responderunt, ut Lege 9. § 4. D. de injuriis et famosis libell. dicitur his verbis : « si quis tam foeminam quam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere attentavit, injuriarum actione tenetur. » Idem etiam probant Legis 15. § 15 et 21. D. eodem tit. et § 1. Instit. de injuriis; considerabatur igitur hoc factum tamquam proprium delictum judicio privato persequendum. Serioribus temporibus, cum delicta quae antiquitus ad judicium privatum pertinebant, extra ordinem etiam criminaliter animadverterentur, attentata pudicitia quoque quae prius nonnisi actione injuriarum vindicabatur, imperfecti stupri nomine graviori poena extra ordinem puniebatur, ut patet ex Lege 1. § 2. D. de extraord. crim. Et hoc etiam evidenter probat, nullam regulam generalem de puniendo conatu exstitisse, cum pro imperfecti stupri punitione non alia ratio adlegetur, quam jus illud peculiare ex quo generaliter criminum extraordinariorum origo repetenda est, et quo specialiter attentatae pudicitiae quasi imperfecto stupro poena imposita intelligebatur. V. In aliis denique criminibus, in quibus JCti expresse dicunt, eventum requiri ad poenam irrogandam, nunquam illi hoc tamquam *exceptionem* praecepti cujusdam

generalis proponunt, sed potius tamquam rem naturaliter intelligendam, quia scilicet *nec lege nec alio Jure in horum criminum conatus poena constituta videretur.* Ceterum jam superius dictum est, antiquitus in omnibus fere maleficiis ad judicium privatum pertinentibus ad poenam irrogandam perfectam aliquam laesionem requisitam fuisse, adeoque cum posteriori aetate in eadem maleficia generaliter extra ordinem gravissimis poenis animadverti coepisset, quoad conatum non aeque generaliter jus antiquum mutatum erat. Hujus rei testimonium suppeditatur ex Edicto Imperatoris Justiniani, in quo qui tentaverat servum corrumpere ad furtum faciendum, furti et servi corrupti actione tenetur, quod usque ad hoc Edictum aliter se habebat (1). VI. Nostra sententia etiam confirmatur Lege 7. D. ad Leg. Corn. de sicariis, in qua tamquam peculiare quidquam notavit Paulus, *dolum pro facto haberi* in *hac lege* scilicet *Cornelia;* non igitur in omnibus aliis legibus, ne in omnibus judiciorum publicorum legibus quidem hoc perpetuo verum esse, patet. Dici quidem posset, in loco Pauli sermonem esse de Lege *Cornelia* in Legis *Aquiliae* oppositione, et ideo eum locum non obstare, quominus saltem in *judiciis publicis* conatum *regulariter* puniendum fuisse statuamus. Sed ne hoc quidem admittendum esse puto, licet hoc concedam, *plerumque* in judiciis publicis conatum quoque esse punitum, quia in *plurimis* legibus judiciorum publicorum de conatu speciatim

(1) Cf. L. 9. § 3. L. 14. § 4, 8. D. de servo corrupto, L. 4. C. eodem tit. Cropp, sect. I. pag. 70 et pag. 104. sect. II. pag. 139 et 140.

cavebatur. In qua vero lege speciatim de conatu cautum non erat, ex ea nec puniri poterat conatus. Nec quis dicat, ex more conatum puniendi in aliqua maleficiorum classe, pluribus legibus confirmato, licitum hoc esse Jure Romano, in iis quoque horum maleficiorum, de quorum conatu nihil constitutum reperiatur, eamdem efficere de conatu puniendo legumlatoris mentem. Argumentum enim ex analogia nec Jure Romano in legibus poenalibus admittendum videtur, factum enim tamquam delictum poena affici nequit, nisi aliqua lege aut alio jure specialiter tanquam delictum habeatur (1). Ceterum pro nostra sententia nihil facit Lex 18. D. de poenis, de qua jam superius egimus, *cogitationis poenam nemo patitur*; non enim in ea lege de conatu sermo est, ut quidam Auctores voluerunt, sed potius de nuda cogitatione, si enim de conatu ea intelligeretur, certe nimis generalis foret, non potuisset dicere JCtus, neminem puniri ob conatum, cum in plerisque casibus tentatum delictum a legibus coërcetur. Cujacius tamen (2) hanc legem de conatu intelligendam esse opinatur, licet hanc restringat ad solum edictum *quod quisque juris*, et sic nihil aliud in eo fragmento contineri existimat, quam quod jam Leg. 1. § ult. Dig. *quod quisque juris*, sanciebatur.

(1) Conf. L. 131. § 1. D. de verb. sign. et L. 14. D. de religiosis et sumptib. funerum cum Lege 3. D. ad Leg. Pomp. de parric. — Conf. GRAEVIUS, ad CICERONIS Lib. I. de offic. cap. 4 et 36, in fine. — HEINIUS, disp. laud. § 18. — SCHULLTING, ad Paul. R. S. V. 23, § 3. — KLEINSCHROD, op. laud. cap. 3. THIBAUT, op. laud. § 21.

(2) Observat. VIII. 22. Idem ad Lib. VI. tit. 2. Cod. de furtis

§ VII.

Refutantur quaedam objectiones a variis Auctoribus allatae.

Sententia eorum qui contendunt, ex generali Juris Romani *regula* conatum in omnibus atrocioribus delictis puniri eadem poena qua ipsum perfectum scelus, falsissima nobis videtur, licet fortasse, comparando diversos casus in quibus diversorum maleficiorum conatus ex legibus peculiaribus puniuntur, *dici* posse videatur, in atrocioribus potissimum maleficiis puniri conatum. Primum enim illi Auctores nullo certo modo definiunt, quaenam sint atrociora aut leviora delicta, nec ullibi hoc definitur Jure Romano. Cujacius quidem, illius sententiae propugnator (1), dicit ea esse atrociora quae tam *naturali* quam *civili* jure improbantur, sed cum haec definitio nullis juris locis nitatur, neque etiam rem lucidiorem reddat, quoniam adhuc dubium est quaenam sint delicta quae civili et naturali jure improbantur, hanc distinctionem admittere non possumus. Porro sunt permulta facta quae tam naturalibus quam civilibus legibus adversantur, et quae absurdum foret delictis atrocioribus adscribere, v. g. leve furtum. Tum in *eodem* delictorum genere, ut in *injuriis*, leviora et atrociora distinguuntur a Jureconsultis Romanis. Quare recte Bynkershoek (2) rejecit sententiam Cujacii, cum

(1) Ad tit. Cod. de furtis etc. in fine et Observation. XIX. 10.

(2) Lib. III. cap. 10. Vol. I. pag. 260, opere laud. — Cf. PUETTMANN, opere laud. § 30. — VOETIUS, ad D. Lib. 47. tit. 2. nr. 1. coll. cum § 1. Inst. de obligationibus quae ex delicto nascuntur et L. 1. § 3. D. de furtis.

lubrica esset definitio, quod crimen sit habendum pro atrociori, quod pro leviori, nec ita leges loquerentur. Alii alia ratione nec magis certa inter atrocia et levia crimina distinxerunt, imo nonnulli tres gradus criminum sistere conati sunt, leviora scilicet atrocia et atrocissima, quas sententias omnes exponere longum est (1). Quod vero maxime ei opinioni locum dedisse videtur, delicti conatum in omnibus atrocioribus maleficiis puniendum esse Jure Romano, nec ita in levioribus, illud est in Lege 3. D. de his qui notantur infamia, dictum: *quia non est res adeo turpis ut consilium puniri debeat.* Sed ex hac lege minime sequitur, in omnibus atrocioribus maleficiis conatum puniendum esse. JCtus enim, loquendo de facto, alterius facti infamia notati conatum constituente, et dicendo, illud rem non esse adeo turpem, ut qui illud fecerit, incideret in edictum Praetoris de his qui notantur infamia, minime voluit conatum delicti levioris cum conatu atrocioris maleficii comparare, sed tantum hoc dicere, prodeundi in scenam consilium manifestatum rem minus turpem esse ipsa consilii exsecutione; et ex his verbis efficere, in gravioribus maleficiis omnibus conatum ut crimen perfectum puniendum esse, foret peccare contra sanissima Juris Romani praecepta quae analogiam adhibere in caussis criminalibus minime patiuntur (2). Porro

(1) Videatur: KEES, de discrimine inter delicta atrocia et levia rite statuendo, in MARTINI Collectione, Jenae 1822. Vol. I. nr. 8. — Cf. MATTHAEUS, ad Lib. 48. tit. 18. cap. 3. nr. 13.

(2) Cf. praeter locos jam supra laudatos ELOUT, de interp. in Jure Crim. Lugd. Bat. 1822. cap. 2. § 2. pag. 28, 29, et passim.

crimen tentatum non semper puniri eadem severitate qua crimen consummatum in gravissimis delictis, manifeste patet ex Lege prima § 2. D. de extr. crim., ubi poena stupri *perfecto flagitio capitis* esse, *imperfecto in insulam deportatio* dicitur. Hic agitur sane de atrocissimo ex notione Romanorum crimine, et tamen conatus leviori poena afficitur quam perfectum delictum, adeoque lege Julia ipsa de adulteriis non nisi consummatum crimen puniebatur, ut supra diximus, licet adulterium a Romanis JCtis inter *naturaliter turpia* recenseretur, ideoque ex Cujacii quoque doctrina *atrox* crimen esset. Frustra hanc objectionem infirmare conatur Matthaeus (1); dicendo, in laud. Lege 1. § 2. conatum mitius puniri, primo quia Lex Julia de adulteriis loquebatur de perfecto adulterio, non vero de tentato, et quia crimen de quo in ea lege agitur, licet in Sacris Litteris sit gravissimum crimen, Romanis tamen levius videbatur. Sed his rationibus non infirmatur vis Legis 1. § 2. supra laud. et cum nec Lege Julia nec extra ordinem poena criminis consummati conatus puniri posset, ut fatetur ipse Matthaeus, manifestus est adversariorum error. Certe enim atrocissimis criminibus stuprum adscribi potest, non solummodo quia ad judicia publica pertinebat, sed etiam quia extra ordinem gravissima poena afficiebatur; hinc grave procul dubio illud Romanis censebatur (2). Eamdem Legem 1. § 2. alio modo explicat

(1) De Crim. Lib. 48. tit. 18. cap. 4. nr. 13.

(2) Hoc ipse fatetur MATTHAEUS, Proleg. cap. 4. n. 2, Lib. 48. tit. 3. cap. 6. n. 9 et tit. 14. cap. 1. n. 2. Vid. tot. tit. Cod. ad Leg. Juliam de adulteriis, et L. 42. D. de Verb. Sign. — VAN ESPEN, Jus Eccles. Vol. II. part. 3. tit. 4. n. 3.

Cropp (1) dicens : cum Legis Juliae poena ad coërecnda stupra non amplius sufficere videretur, attentatae pudicitiae crimen ad judicia extraordinaria pertinebat, et tanquam stupri conatus illud factum puniebatur deportatione, ceterum ejus poena mitiganda aut augenda erat pro temporum ratione ex arbitrio judicis, vi cujus judex ex variis caussae momentis sententiam ferre poterat ; ita ut a capitali poena in ipso illo conatu coërcendo non facile recedendum esset, nisi adessent circumstantiae mitigantes. Ideoque nihil aliud laudato loco Digestorum indicatur quam quod in hujusmodi judiciis fieri solebat. Sed hoc loco sisti differentiam inter conatum et eventum, ambigi nequit, et ex hoc ipso quod communi usu comprobatum erat, juris necessitas perpetuo ita cognoscendi, apud Romanos fuisse mihi videtur. Nec quod vulgo ferunt, in judiciis extraordinariis cognoscentes habuisse plenam poenas exasperandi aut mitigandi potestatem ex mero suo arbitrio, veritate nititur, et certe ex laudata lege in Pandectis recepta indubitate patet intentio legumlatoris, conatum eadem poena qua eventum punire nolentis. Et licet fortasse Jure Justinianeo stupri conatus interdum, accedente circumstantia factum adgravante, ex cognoscentis arbitrio summo supplicio adfici possit, regulariter tamen ex mente legumlatoris judex debebit servare modum, quem Lex nostra inter conatum et crimen consummatum statuit. Neque sane est admittendum, quod ait Cropp, in

(1) Sect. II. pag. 110, 112 et 129 et 130.

stupri conatum poenam capitalem in omni casu esse infligendam, nisi adsint mitigantes circumstantiae (1).

§ VIII.

Tentatur explicatio Legis 14. D. ad Legem Corn. de sic.

Dicitur in hac lege : « Divus Adrianus in haec verba rescripsit, in maleficiis *spectatur voluntas non exitus*; »: quae verba multi sic explicant, *in criminibus gravioribus unice rationem voluntatis esse habendam*, *non vero exitus*. Unde ex eo loco efficiunt, solum conatum ad legis poenam irrogandam in criminibus gravioribus sufficere (2).

Sunt alii, qui non tantum hanc legem ad graviora delicta referunt, sed etiam in ea contineri regulam generalem de conatu pro omnibus delictis volunt. Quibus omnibus non possumus assentiri. Nulla enim ratio est statuendi, talem vim esse verbo *maleficium*, ut eo non nisi graviora delicta sive

(1) Conf. ipse CROPP, sect. II. pag. 133, in fine et pag. 112, in fine. De lege nostra, adversariorum sententiam evertente, conf. etiam GOTHOFREDUS, ad leg. primam D. de extraord. crim. PHILIPSE, pag. 16 et 38.

(2) Cf. de hac lege praeter alios multos CUJACIUS, Obs. XIX. 10. XV. 25. Idem ad Pauli S. R. V. 23. 3, et ad Codic. Lib. V. tit. 7. — WELCKER, letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe, Giessen 1813. p. 488. — HERM. CANNEGIETER, ad frag. Vet. Jurisprud. pag. 43 et 44. — DEFERRIÈRE, diction. sub verbo crime. — PEREZIUS, ad Cod. IX. tit. 8. n. 12, et ad Institut. Lib. IV. tit. 18. pag. 536. — PUETTMANN, opusc. Juris Crim. Lips. 1789. I. pag. 13.

atrociora indicentur, nomine enim *maleficiorum* veniunt omnia delicta et praecipue privata quae vocantur, quorum plurima admodum levia sunt (1). Si vero statueris, in loco nostro generale de omnibus maleficiis praeceptum doceri, hoc praeceptum non potest spectare conatum, quia, ut jam dictum est, in maleficiis quae judicio privato puniebantur, plerumque non de puniendo conatu sermo erat. Hinc rectius alii dicunt, nostra lege quidem generale praeceptum doceri, sed illud non regulam de puniendo conatu demonstrare, sed potius hoc: non solum eventum in maleficiis spectandum, sed praesertim etiam voluntatem (2). Illi igitur verbum *non* pro *non tantum* sumunt ac si scriptum esset, *in maleficiis voluntas spectatur*, *non tantum exitus* (3), et licet Cropp sect. I. pag. 60. hanc locutionem vix latinam esse existimet, ea tamen occurrit apud Auctores germanae latinitatis, et ex innumeris locis (4) patet, particulam *non* sae-

(1) Prin. et § 1. Instit. de oblig. quae quasi ex delict. nasc. princ. Inst. de oblig. quae ex delict. nasc. L. 1. princ. D. de oblig. et action. L. 4 et 5. princ. eodem.

(2) Cf. PUETTMANN elem. Juris Crim. § 58 et 285. — Joan. CANNEGIETER, opere laud. pag. 184. — GOTHOFREDUS, ad Leg. 14. D. ad Leg. Corn. de sicariis. — WINSSINGER, de culpa et dolo pag. 74.

(3) PHILIPSE, pag. 19 et 20. — J. CANNEGIETER, ad Coll. Legum Rom. et Mos. I. 7. pag. 184. Haec lex ita explicata omnino cohaeret cum Lege 79. D. de regulis juris: « Fraudis interpretatio semper in Jure Civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur. Cf. L. 131. D. de V. S. qua explicatur quid sit *fraus*, nec *Jus Civile* in Lege 79. Juri Criminali opponitur.

(4) Cf. BRISSONIUS, sub verbo *non*, et e. g. LIVIUS, XXVIII. 12. — CICERO, ad Attic. Lib. IV, epist. ult. in Verrem IV. 61.

pissime in jure *pro non tantum* sumi, unde nihil obstat, quominus etiam in nostra lege ita accipiatur. Interea tamen ingenue fatemur, objici posse huic explicationi, Adrianum, si indicata mente regulam generalem exprimere voluisset, potius dixisse: *in maleficiis non tantum exitus spectatur*, *sed etiam voluntas*. Nec dici potest verbum *tantum* fortasse ex librariorum incuria excidisse, in nullo enim manuscripto alia lectio invenitur. Unde rectius fortasse dicetur, in lege nostra non regulam generalem contineri, sed Imperatorem rescribendo de casu ad Legem Corneliam pertinente unice de crimine Legis Corneliae loqui voluisse, de conatu ex hac lege puniendo. Rescripsit fortasse « in *his* maleficiis voluntas spectatur non exitus, » et illud verbum a Triboniano omissum est. Dici etiam posset, loco nostro de *maleficiis* in specie sermonem esse, sive de sceleribus quae a maleficis et mathematicis committuntur, de quibus agitur in Codicis Lib. IX. tit. 18. *Malefici* autem dicebantur magi, augures, qui incantationibus et devotionibus hominibus perniciem inferre nitebantur, eorumque animos defigebant (1). Eos autem maleficos Lege Cornelia teneri, constat evidentissime ex § 5. Instit. de pub. judiciis : « eadem Lege Cornelia et venefici capite damnantur, qui artibus odiosis tam venenis quam susurris magicis homines occiderint vel mala medicamenta publice vendiderint (2). » In pluribus quoque locis, ut *sicarii*

(1) BRISSONIUS, sub verbo malefici. PAULI, S. R. V, 23, 15. — Cf. CICERO, in Vatin. cap. 6.

(2) Conf. PAULI, S. R. V. 23. § 15, 17 et 18. — DOMAT, Leg. delectus

et *venefici*, ita *venefici* et *malefici* conjuncti leguntur (1); et in Lege 13. Dig. ad Leg. Corn. de sicar. dicitur : « ex SCto legis Cornel. poena damnari jubetur qui mala sacrificia habuerit. » Cum nunc constat, *maleficia* in specie ita adpellata Lege Cornel. coërceri, non sane mirum videbitur, si legem illam de iis intelligamus, praesertim si haec lex conferatur cum praecedenti in qua, ut diximus, manifeste de *maleficiis* in specie sermo est (2). Quare si in Leg. 14. dicitur, *voluntatem* puniri *non exitum*, de conatu quidem hoc intelligendum neque vero generaliter accipiendum est, sed potius restringendum ad subjectam materiam, sive ad *maleficia* in specie ita adpellata quae in Legem Corneliam cadebant, qua lege alios quoque conatus punitos fuisse, jam docuimus. Non quidem ignoro, usum verbi *maleficium* peculiarem modo indicatum demum Constantini aetate invaluisse videri, hoc vero non impedit, quominus admittamus, Tribonianum hunc locum mente modo explicata sumsisse, licet Adrianus ipse illa verba *alia mente* proferret. Certissime vero Adrianus etiam *alia conjunctione* ea verba protulit, et ut jam monuimus, de casu ad Legem Corneliam pertinente resribens non nisi hujus legis respectu locutus est. Nullatenus igitur, etiamsi nostra

ad Lib. 48. tit. 8. Pand. n. 16 et 17. Cf. L. 1. Codicis de Maleficis et Mathematicis, L. 1. § 1. L. 3. principio et § 1. D. ad Leg. Corn. de sicariis. — QUINTILIANUS, declam. 13. — PAULI, S. R. V. 23. § 1.

(1) Cf. PAULI, R. S. V. tit. 23. Basilic. LX. 39. L. 1. C. Th. quor. appel. non recip. L. 8. C. de indulg. crim.

(2) Cf. BYNKERSHOEK, Observ. juris Lib. III. cap. 10. Vol. I. pag. 259. — PHILIPSE, pag. 21 et 31. — POTHIER, loco citato n. 18.

explicatio de maleficiis in specie minime comprobetur, ad omnia in genere crimina, nec ad omnia graviora pertinet ille locus, sed *ad legem Corneliam tantum eum pertinere sustinemus*. Hoc etiam sequitur ex iis quae superius diximus, et ex hac explicatione haec lex optime cohaeret cum aliis legibus, v. g. cum Lege 7. D. ad Legem Cornel. de sicariis; in quo fragmento solummodo dicitur, in Lege Cornelia *dolum pro facto haberi*. Nostra interpretatio eo màgis admittenda est, quod laudata lex in titulo Legis Cornel. de sicariis, neque verò in titulo generali de poenis invenitur. Porro *conatum ut consummatum* crimen puniri, Lege Cornelia specialiter fuisse receptum, docent plurimae Juris Romani dispositiones (1). Nostra sententia etiam confirmatur ex loco Pauli S. R. V, 23 § 3, ubi dicitur *consilium uniuscujusque non factum puniendum est*, quae verba eadem fere sunt atque verba quae in Leg. 14. Dig. ad Legem Corneliam de sicariis inveniuntur, et si locus Pa ui conferatur cum Coll. Leg. Rom. et Mos. I. 17, evidenter patet, hanc Jureconsulti sententiam ad crimina ex lege Cornelia punienda pertinere; idem igitur dicendum est de nostra Leg. 14. praesertim cum omnino naturale sit, legis verba restringere ad materiam subjectam, sive ad crimina de quibus agitur in titulo ad quem lex refertur. Hanc quidem explicandi rationem tanquam putidam rejicit Cropp (2), sed suae

(1) Conf. Lex 16. § 8. Dig. de poenis, Lex 1. § 3. D. ad Leg. Corn. de sicariis, quae etiam ex rescripto Adriani desumpta est. — PAULI, R. S. V, 23. § 1. — CICERO, pro Rabirio cap. 6, pro Milone cap. 4. L. 7. Cod. ad Leg. Corn. de sicariis.

(2) Sect. I. pag. 61. n. 21.

sententiae nullas rationes adfert, nec ullum argumentum proponit contra alteram quam superius proposuimus sententiam, scilicet saltem Leg. 14. tantum esse intelligendam de criminibus ex Leg. Cornel. puniendis, quae sententia mihi efficacissimis argumentis adjuvari videtur, eo magis cum etiam in lege sequenti tantum de Lege Cornelia dicatur.

§ IX.

Refutantur ulterius quaedam argumenta ad defendendam contrariam sententiam proposita.

Objiciunt adversarii Legem 5. C. ad L. Jul. Majestatis, coll. cum Leg. 1. Cod. Theod. ad Leg. Jul. de ambitu, in quibus hae sententiae proponuntur: *eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt*; *pari sorte leges scelus quam sceleris puniunt voluntatem*. Quam sententiam generaliter esse sumendam dicunt, neque vero ad solum laesae Majestatis aut Ambitus crimen restringendam (1). Sed ab ipsis dissentimus, nam laudati loci sunt edicta Imperatorum in quibus illi aliquatenus novam quidem rem constituerunt, sed ex ratione in jure veteri jam fundata. Verba de quibus interpretandis agitur, non sunt, ut vulgo dicimus,

(1) CUJACIUS, Observation. XV. 25, ibidem XIX. 10. Idem ad titt. Cod. ad Leg. Jul. Majestatis, de furtis, si quacumque praeditus potestate. — WISSENBACH, ad Lib. 48. Dig. dis. 35. n. 13. — Cf. CROPP, sect. I. pag. 60 et 61 et sect. II. pag. 23, in fine, sect. I. pag. 20, 63, 74 et 75, 94.

le dispositif sed *le motif* edictorum illorum, iisque simul indicatur praeceptum aliquod jam jure veteri in crimine ambitus et Majestatis receptum. Nulla autem adest ratio, cur haec regula generaliter intelligatur; nam ejusmodi interpretatio aliis legibus adversaretur, ex quibus patet, conatum non semper puniendum esse ut crimen consummatum. Verba igitur superius laudata ita accipienda sunt, ac si scriptum esset : « eadem enim severitate in crimine Majestatis voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt, » — « pari sorte leges scelus quam sceleris puniunt voluntatem in crimine ambitus. » — Nec obstant verba *jura*, *leges*, nam illo intelliguntur varia vel legum vel JCtorum aliaque praecepta, quibus in Majestatis crimine quidquam constitutum est, et hoc indicantur variae leges de ambitu variis temporibus sancitae. Confirmari haec sententia videtur Nov. 134. cap. 13, ubi dicitur : « in *Majestatis* vero crimine condemnatis veteres *leges* servari jubemus. » Ceterum principium est rectae interpretationis, *verba in omnibus legibus ad argumentum de quo ibi agitur restringenda esse, nisi adsit caussa quaedam legem latius extendendi*; in nostro autem casu nulla cogitari potest ratio, dispositiones illas ad casus qui in iis non continentur producendi, praecipue quoniam hae leges sunt edicta principum in quibus jus novum constitutum est, et a quibus, ex Interpretum consensu, non est admittenda analogica ad alios casus adplicatio (1). Tandem

(1) Conf. L. 1. princ. et § 1. L. 2. D. de Const. Princ. L. 3. C. de legibus et L. ultima C. eodem.

Cujacius (1), et qui eum sequuntur, longam seriem opponunt legum in quibus conatus puniatur (2), sed in his omnibus casus speciales recensentur, nec iis ulla regula generalis continetur. Fatemur quidem in puniendo conatu Romanos rationem habuisse atrociorum delictorum, adeoque in legibus judiciorum publicorum *plerumque* in conatum animadvertisse, sed id de *omnibus* atrocioribus delictis vel judiciis publicis dicere non possumus, et absque lege nullum crimen puniri potest (3). Sententiae vero veterum Philosophorum, verbi gratia Senecae, de Benef. V, 14, et de const. sapient. cap. 7, item Ciceronis paradox. 6, non ad jus pertinent, sed ad Ethicam; et sane ex principiis moralibus quibus rite exponendis tantam curam adhibebant Philosophi, conatus saepius non minorem turpitudinem habet quam ipsum delictum perfectum, adeoque cogitatio sola jam peccatum esse potest. Ceterum de ipso jure accepti loci laudati Philosophorum nonnisi aliquod ex praeceptis jam expositis indicare videntur, et ex ipsa legum comparatione aliquod temperamentum obtinere. Quoad vero locum Apuleji Florid. Lib. IV, de quo superius egimus, ille vel potest intelligi de imputatione morali, vel de cogitatione factis externis perspicua interdum punienda effectu non secuto, etiamsi eum de maleficiis in specie ita dictis intelligere non liceat. Ceterum eum in genere non magni momenti esse, facile nobis concedetur.

(1) Observ. XV. 25.

(2) GOTHOFREDUS, ad l. 18. D. de poen. — PHILIPSE, pag. 22.

(3) Cf. LEYSER, meditt. ad Pand. spec. 602. med. 6. — BYNKERSHOEK, Vol. I. pag. 260 et 261.

§ X.

Nec obstat L. 5. C. de Episcop. et Clericis.

Tandem objicit Cropp (1), ex nostra sententia eum qui sanctimonialibus virginibus aut viduis insidias struxit nec tamen eas rapuit, non fore puniendum, quia neque L. 54. C. de episcop. et cler. neque L. unica C. de rapt. virg. poena statueretur. In talem conatum tamen poenam esse irrogandam contendit I. ex Lege 5. C. de episcopis et cleric : « Si quis non dicam rapere sed attentare tantum jungendi caussa matrimonii sacratissimas virgines ausus fuerit, poena capitali feriatur. » Cum enim attentare mulierem jungendi caussa matrimonii nihil aliud sit, nisi agere ut ei mulieri persuadeatur, ut matrimonio nobis se conjungat, ex hac lege patere, affectatum matrimonium eadem severitate qua ipsum crimen puniendum, cum autem raptus virginis sanctimonialis sit gravius crimen quam matrimonium cum tali virgine contractum, quod pateat ex dicta Lege 5, et ex Leg. 5. § 2. Dig. ad L. Jul. de vi publica, videri attentatum raptum esse puniendum. II. ex Lege 20. Cod. de furt. constare, eum qui servum corrumpere tentaverit, etsi revera eum deteriorem non fecerit, poenis subjici, unde multo magis in casu quo quis ingenuam et liberam corrumpendam aggrediatur, puniendum esse conatum. III. ex Lege unica Cod. de raptu virg.

(1) Disp. I. sect. I. pag. 103 et 104.

sanctim. initio constare, raptorem ab homicidii crimine non esse vacuum, in Lege autem Cornelia de sicariis conatum pro eventu haberi, et inde sequi, conatum rapiendi virgines sanctissimas esse puniendum, licet poena in eum nulla lege speciali statuta sit. Ornatiss. Philipse qui pag. 15, 16, 22. conatum non puniri nisi in casibus lege speciali statutis dixerat, ipse Philipse verbo tenus sententiam Croppii admisit (1).

Non equidem infitiari volo, conatum raptus ex Jure Romano posse puniri, licet nec negantium rationes omnino spernendae videantur, sed hoc videtur esse admodum alienum, si pluribus sanctionibus *specialibus* allatis ad probandum, puniri debere conatum raptus, dicitur, regulam *generalem* de conatu omnium delictorum exstare, quia alias conatus raptus puniri non posset!! Si contendimus ad cujuscumque criminis conatum puniendum requiri specialem vel legis vel alius juris sanctionem, minime dicimus, hanc specialem sanctionem *eodem loco* contineri debere quo de crimine consummato sermo est, nec contendimus specialem illam sanctionem *expressis verbis* constare debere. Plurimi Juris Romani Interpretes conatum raptus virginis sacrae vel invitae eodem modo quo crimen perfectum puniri censuesunt, ut Croppius (2), ut autem haec sententia defendi possit,

(1) Pag. 36. 37. Cf. GOTHOFREDUS, ad Legem secundam Cod. Theod. de raptu vel matrim. sanct. virg.

(2) Conf. BYNKERSHOEK, Observ. Juris Rom. Lib. III. capit. 10. Vol. I.

ego quidem crediderim, argumentum non ex regula *generali*, sed ex *speciali* dispositione ipsius Legis laud. 5. C. de episc. et cler. esse repetendam : « Si quis non dicam rapere sed attentare tantum jungendi caussa matrimonii sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur. » Eadem fere verba leguntur in Lege 2. Cod. Theod. *de raptu vel matrimonio sanctimonialium virginum*, ex qua inscriptione jam apparet, matrimonium sacrarum virginum et earum raptum eadem lege coërceri, quod etiam ex Lege nostra 5. patet. Si vero conatus matrimonii cum ejusmodi virginibus ineundi eadem severitate puniatur, ac si revera nuptiae fuissent celebratae, et si *attentare virginem jungendi caussa matrimonii*, nihil aliud est, ut dicunt Auctores (1), *quam affectare ejus nuptias*, certissime legis lator etiamsi hoc non diserte *dixerit*, eadem poena raptus conatum puniri *voluit*, eo magis cum gravius delinquit qui rapere conatur, quam qui solummodo nuptias inire tentat (2), cum porro in plurimis factis ex Lege Julia de vi publica, ad quam pertinet raptus, puniendis, *dolus pro facto habetur*, et poena Legis Juliae contra raptum

pag 258. — PEREZIUS, ad Cod. Lib. IX. tit. 13. n. 1, 9, et tit. 8. n. 12. — FABER, ad Cod. Lib. IX. tit. 13 et Lib. I. tit. 3, ad Legem 5 de episc. et cler. aliique multi.

(1) CUJACIUS, observ. XV, 25. Idem ad Lib. VI. Cod. tit. 2. lit. D. et ad tit. Cod. si quacumque praeditus potestate, edit. Neapol. Tom. IX. col. 450 et 620. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 4. cap. 2. nr. 6.

(2) L. 5. § 2. D. ad L. Jul. de vi publica, L. unica Codicis de raptu virg. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 4. cap. 2. n. 5.

exasperata est Lege unica Codicis de raptu virginum etc. (1). Ex his omnibus credimus, L. 5. C. de episcopis et clericis *extensive* esse interpretandam, nempe verba *attentare matrimonii jungendi caussa* latius intelligenda esse, et de eo quoque sumenda qui sacratissimis virginibus insidias struxit aut alia facta raptui inservientia commisit. Et hic sane potest dici *attentare virgines*, nec obstant verba *matrimonii jungendi caussa*; nam et hac intentione quoque aliquis raptum vel committere vel tentare potest. Haec explicandi ratio confirmari videtur Leg. 2. Cod. Theod. de rapt. vel matrim. sanct. virginum, quae sic sonat: « Si quis non dicam rapere sed *vel attentare* matrimonii jungendi caussa sacratas virgines *vel invitas* ausus fuerit, capitali poena feriatur. » Haec Lex ex eadem atque Lex 5. Cod. de episc. et cler. Constitutione desumta est, verba tamen in Codice Just. omissa habet : *vel invitas*; quae alii legunt *vel non invitas*, alii *vel viduas*, alii *volentes vel invitas*. Dici posset etiam, legendum esse *attentare vel matr. jung. causa vel invitas*, ita ut generalis sit vocis *attentare* significatio, et verba *attentare matrimonii jungendi causa* de adhibitis artibus persuasoriis, verba *attentare invitas* de proprio raptus conatu sint intelligenda. Qualicumque modo legatur, diserte mihi in loco Codicis Theodosiani videtur sermo esse de duobus casibus, et tam de eo qui persuasionibus vult corrumpere virgines ad

(1) MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 4. cap. 1. n. 5. cap. 2. nr. 1. — CROPP, sect. 2. pag. 51. — Conf. VOETIUS, ad Lib. 48. tit. 6. n. 4, et seqq. HUBERUS, ibid. n. 4.

matrimonium contrahendum, quam de eo qui vi utitur, et conatum raptus proprie committit. Solummodo si dixeris, *vel viduas* esse legendum loco *vel invitas*, non plus dicitur eo loco quam in Codice Justinianeo, et tunc adhuc, considerantes vocis *attentare* necessitudinem cum voce praecedenti *rapere*, et verba *jungendi causa matrimonii* de ordinario raptus molientium *fine* intelligentes, dici posset, ipsa *verba* legis de vero raptus conatu potius quam de persuasionibus adhibitis intelligenda esse. Si vero ea de *his* intelligenda esse dixeris, saltem *ille* quoque in legis *sententia* contineri dicendus erit. Nam dicendo, legumlatorem in matrimonii promissionem adhibitam ad virginem ab officii sanctitate amovendam poenam statuere voluisse, nec simul in raptus conatum, legumlatorem aliquid rationi contrarium statuisse diceremus. Legumlator igitur duos culpae gradus, levissimum scilicet i. e. *persuasionem sine effectu*, et gravissimum i. e. *raptum perfectum* verbis suis indicando, iis quoque gradus medios, i. e. *matrimonium artibus persuasoriis effectum* et *raptum tentatum* simul comprehendere voluit. Legem igitur 5. Cod. de episc. et cleric. ultra verborum intellectum ex *mente legumlatoris* extendendam esse credimus, et licet poenarum irrogatio ex *analogia* sive ad *exemplum legis* nec Jure Romano *judici* licita sit, illi tamen non minus ex *verbis* quam ex *sententia* legis ejus poenam infligere concessum est, inter quam utramque rem multum interest, ut optimi Interpretes docuerunt. Probari autem ex multis locis potest, in ipsis poenalibus causis ex legis sententia jus dici posse a judice; ut autem ad casum nec in legis verbis nec in ejus sententia

contentum legis ad exemplum ejus poena extendi posset, ipsis adhuc temporibus primorum Imperatorum SCto opus fuisse videtur (1). Hinc videtur errasse Cropp, cum diceret conatum raptus puniri, licet de ipso puniendo in nulla lege speciali cautum esset; nam conatus ille ex *sententia* Legis 5. C. de episc. et cleric. puniendus est, quamvis fortasse *verbis* non contineatur; unde haec Lex nullo modo obstat nostrae sententiae, sed potius eam confirmat.

§ XI.

Impugnatur peculiaris sententia Croppii.

Ex his principiis facile quoque refellemus sententiam Croppii de qua superius locuti sumus, cum de conatu in genere puniendo diceretur. Jam probavimus Leg. 14. D. ad Leg. Cornel. de sicariis nullam regulam generalem continere, et ideo eam non favere sententiae Croppii. Differentia aliqua inter delicta atrociora et leviora videtur quidem sequi ex iis quae dicit pag. 68. not. 49. Fatemur etiam in pluribus legibus quaedam constituta esse ratione distinctionis inter crimina atrociora et leviora, sed non constat *atrociora* et *leviora* semper eadem esse atque *publica* et *privata*, licet gene-

(1) Cf. praecipue L. 3. C. ad Leg. Jul. de adulter. L. 3. D. ad Leg. Pomp. de parricid. L. 3. § 2. 3. 4. D. ad Leg. Cornel. de sicar. L. 5. § 10 D. de injuriis. L. 7. § 3. D. ad Leg. Jul. Maj. ELOUT, de interpret. in Jur. Crim. Lugd. B. 1822. pag. 39. 40. 41.

raliter privata leviora essent publicis. Illa enim sententia nulla lege nititur (1). Praeterea jam dictum est, in ipsis quibusdam ad judicium privatum pertinentibus delictis inter *atrociora* et *leviora* distingui, et similiter non omnia facinora quae ad judicia publica pertinebant, possunt ad atrociora referri, sed inter haec ipsa quaedam atrociora alia leviora sane dicebantur. Nam publica erant crimina quae ex judiciorum publicorum legibus introducta sunt (2), publica autem judicia non omnia erant capitalia, sed etiam in permultis eorum solummodo poenae pecuniariae infligebantur (3). Neque sane tanquam atrox crimen considerabatur, quod solummodo poena pecuniaria afficiendum erat. Hoc etiam sequitur ex ipsismet legibus quas allegat Cropp, scilicet ex Lege 9 princ. et § 3. Dig. de quaestionibus coll. cum Leg. 8. princip. eodem; nostra sententia etiam confirmatur Leg. 6. Dig. de accus. et inscript. in qua dicuntur leviora delicta, quae fustibus puniuntur. Ejusmodi poenae vero etiam judicio publico irrogabantur, et saltem in dicta lege de criminibus extraordinariis sermo est, quae Cropp ad *publica* adnumerat, ergo ad *atrociora*. Nec sibi videtur constare Cropp; crimen enim falsi certe publicum crimen est (4), et tamen ipse Cropp sect. I. pag. 44. negat crimen falsi ad graviora esse referendum. Quare

(1) Cf. Cujacius, ad Leg. 5. Cod. ad Leg. Jul. Majest. in fine.

(2) L. 1. D. de publ. jud.

(3) Cf. e. g. L. ult. D. de lege Fabia Cf. § 10. J. de publ. jud. ubi dicitur, ex hoc judicio interdum poenam *capitalem*, interdum *leviorem* irrogari.

(4) L. 1. Dig. de publicis jud.

falsum est dicere, delicta privata et publica esse eadem ac facta leviora et atrociora. Divisio inter atrociora et leviora crimina praecipue proponitur ad caussas quae ad jurisdictionem Praefecti Urbis pertinebant distinguendas a caussis ad Praefecti Vigilum cognitionem pertinentibus, ut probatur ex Leg. 7. Cod. de accus. et inscript. L. 6. Digest. eodem L. 2. § 1. L. 8. § 5. D. de poenis L. 3. § 1. Dig. de offic. Praefecti Vig. L. 4. Dig. eod. L. 1. princip. et § 4 Dig. de officio Praefecti Urbi. Neque vero hic neque ille magistratus alia ac ea maleficia puniebat, quae vel *ex legibus judiciorum publicorum*, vel *extra ordinem* puniebantur. Ceterum si vera esset Croppii sententia, idem plane delictum saepius *atrox* et simul *levius* dici deberet, nam saepe idem delictum vel *civiliter judicio privato*, vel *criminaliter extra ordinem* poterat puniri, vel, ut occisio servi, tam ex lege Aquilia judicio privato quam ex lege Cornelia judicio publico vindicari poterat. Sed etiam si delicta publica eadem atque atrociora, privata vero eadem atque leviora fuisse, dicamus, systema a Croppio propositum non meliori fundamento niti videtur. Nulla lex enim in delictis publicis omnibus, sicut eventum puniendum esse conatum statuit, et frustra Clarissimus Auctor (1) id efficere conatur ex Lege 5. § ult. Dig. de poenis, nam in ea solummodo Ulpianus dicit, et in criminibus atrocioribus rationem habendam esse distinctionis inter *dolum* et *culpam*, quae verbo *casu* (2) hic indicatur; minime vero in hac lege de conatu sermo est. Cete-

(1) Sect. I. pag. 67.
(2) Cf. ROSSHIRT, Compend. Juris Crim. pag. 48.

rum jam satis superque probatum a nobis esse credo, in pluribus revera atrocioribus maleficiis, et in pluribus criminibus publicis conatum non fuisse punitum, quin dici possit, per exceptionem a regula generali hoc constitutum fuisse.

Etiam falsa nobis videtur regula quam proponit Cropp sect. I. pag. 71-75, *in criminibus public. extraordinariis in genere tentamen coërceri eadem poena qua consummatum scelus*. De ejusmodi enim regula ne verbum quidem invenitur in legibus Romanis. Nec probatur haec sententia Lege 13. Dig. de poenis, qua judicantibus extra ordinem permittitur quam velint sententiam ferre, vel leviorem vel graviorem. Nam hoc non de facultate quamlibet poenam infligendi judici concessa intelligendum est, sed solummodo de facultate tam de iis quae ex lege vel alio jure graviora, quam de iis quae leviora delicta sunt, cognoscendi; non igitur hic de extraordinariis criminibus agitur, sed de iis qui sive de publicis sive de extraordinariis criminibus extra ordinem cognoscunt, quae res ab illa est admodum diversa. Praeterea additur in dicta Lege : « ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat, » i. e. ut non aliam poenam statuat nisi quae vel lege vel alio jure comprobata est. Tandem etiamsi aliter esset intelligenda Lex , et revera de dato judicanti pleno arbitrio, in delictum aliquod, qualemcumque vellet poenam, statuendi, judex sane non poterat hoc arbitrium exercere, nisi in iis quae revera vel lege vel alio jure pro delictis habita erant; hinc semper adhuc manet quaestio, num illo jure quo plura facta tamquam extraordinaria crimina con-

siderabantur, qua talia etiam conatus considerati fuerint. Nostram etiam sententiam confirmat Lex 1. § 2. Digest. de extraordinariis criminibus, de qua jam disputavimus; in ea enim lege conatus mitius punitur quam eventus, ut jam probavimus, et hoc crimen de quo agitur in ea Lege, ad extraordinaria pertinet. Porro ex Lege ultima Digestorum de injuriis et famosis libellis sequitur, recentioribus temporibus de omnibus injuriis extra ordinem poenam criminalem potuisse irrogari (1), et tamen ex Lege 15. § 17. Digest. eodem conatus in casu ibi proposito non punitur. Si igitur tot casus reperiuntur in quibus crimina tentata a poena liberantur, et cum nulla lex generalis poenam in criminibus extraordinariis in conatum irrogandam esse statuat, solummodo puniendi sunt conatus in casibus speciali jure determinatis, qualis sanctio v. g. in L. 7. Dig. de extraord. crim. continetur. Nec etiam obstat Lex 20. Cod. de furtis quam nobis objicit Cropp, ubi qui servum corrumpere tentavit ad furtum faciendum, poena furti perfecti afficitur et actione servi corrupti tenetur, si delictum quantum poterat, consummavit. Haec Lex enim est edictum Justiniani, ubi agitur de casu particulari cujus sanctio ad casus qui in iis non continentur, minime est extendenda. Et manifeste ex eo loco apparet, aliud jus in hoc quoque casu ante Justinianum locum habuisse, licet jam a longinquiori aevo ante Justinianum furta extraordinariam haberent punitionem. Si itaque Lex 13. Dig. de extraordinar. crim. ita

(1) MATTHAEUS, de crim. Lib. 47. tit. 4. cap. 2. n. 6 et 7. — CROPP, pag. 109, in fine et 110 initio, sect. II.

intelligenda esset, ut vult Cropp, Jureconsulti non usque ad Justinianum dubitare potuissent, num in casu L. 20. C. de furtis proposito conatus posset puniri. Ceterum parum adcurata est sententia Croppii de divisione delictorum publicorum in ordinaria et extraordinaria. Haec oppositio nusquam reperitur, neque extraordinaria crimina erant species publicorum, sed publicis ubique opponuntur. Quae denique dicit Cropp de privatorum delictorum conatu nunquam puniendo sect I. pag. 68. regulariter vera sunt, revera enim in plerisque caussis privatis requirebatur consummatio delicti, ut poena irrogari posset. Nam privati in iis causis actione vel civili vel praetoria petebant damni illati resarcitionem, unde si nullum damnum datum esset, cessare videbatur actio. Porro in delictis privatis poena dupli vel quadrupli irrogabatur ratione habita damni quod in laesum redundaverat, quare si solummodo delictum esset tentatum, nulla poterat poena applicari (1). Quidam tamen hanc regulam non esse generalem existimant, potissimum ex Lege 15. § 1. Dig. de injuriis et famosis libellis, quae sic sonat: « si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae, et saepe territus, quasi vapulaturus, non tamen percussit, utili actione injuriarum tenetur. » Hanc esse injuriam tentatam dicunt, sive conatum injuriae, quae in Lege prima § 1. L. 5. princ. de inj. et fam. libell. et § 1. Instit. eod. tit. vetatur (2), et quam

(1) Donellus, Lib. IV, 203, 5 et 6. — Voetius, ad Lib. 47. tit. 1. nr. 2 et 3.

(2) Matthaeus, Lib. 47. tit. 4. cap. 1. n. 1. — Struvius, ad Lib. 47. tit. 10, exerc. 48. th. 54. tit. A. — Voetius, ad Lib. 47. tit. 10. n. 7.

ad privata delicta pertinere inter omnes constat. Dici tamen posset, in loco laudato potius de alio injuriarum genere sermonem esse, quam de pulsationis conatu; aliquo modo enim illi facto jam laesio alterius perfecta inesse videtur. Nec conatus punitur in aliis injuriarum speciebus, ut patet ex L. 15. § 17 D. de injuriis et famosis libellis, et ex Leg 15. § 10. D. eodem titulo : « si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum sit, non tenebitur. » Posteriori aetate tamen cum in delicta antiquitus tantum judicio privato punienda, extraordinariae persecutiones introductae essent, eorum delictorum conatus quoque saepius animadversionem, sed non ex regula generali habere coeperunt.

§ XII.

An conatus in genere poena extraordinaria sit puniendus?

Jam quaedam dicenda sunt de sententia eorum qui dicunt, conatum in regula coërceri, sed exceptis quibusdam delictis atrocioribus solummodo poena extraordinaria aut arbitraria puniri, ratione habita eorum quae commissa sunt, prout conatus proximior sit aut remotior (1). Ea vero sententia non est admittenda, nam nulla legum auctoritate nititur, et ne vestigia quidem hujus rei in Legibus Romanis inveniuntur.

(1) STRUVIUS, Lib. 47. tit. 1, exerc. 48. th. 5, in fine. — STRYK, ad Pand. Lib. 47. tit. 1. § 7 et seq. Idem de jure sensuum 10. cap. 5. n. 33 et seqq. — CARPZOVIUS, Prax. Crim, Part. 1. quaest. 17. nr. 13.

Objicit Struvius (1) Legem 1. principio D. de extraordinariis criminibus, in qua dicitur: « sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur. » Opponunt etiam Leg. 1. § 2. D. eodem titulo, quam jam superius examinavimus. Ex illis autem legibus quomodo erui possit praeceptum generale, equidem non intelligo. Nam solummodo in iis dicitur, extra ordinem puniri conatum quorumdam criminum particularium, et hae sanctiones ad alia delicta non extendi possunt, cum nulla adsit ratio ejusmodi interpretationis. Nec ullius est momenti Lex 21. § 7. D. de furtis, qua tenetur injuriarum actione qui domum furandi animo ingressus est. Non enim qui hoc fecit, punitur, quia furtum tentavit, nam Lex expresse dicit, eum non teneri ut furem, sed teneri actione injuriarum ex lege Cornelia, quia alienas aedes invito domino intravit (2), et sic proprium delictum commisit. Quare ex ea Lege non sequitur, conatum generaliter esse puniendum, ratione habita eorum quae ad exsecutionem perficiendam jam commisit delinquens, nullam enim conatus rationem habet ista Lex, licet non nulli in nostro casu conatum furti puniri credant (3). Neque hic agitur de punitione extra

(1) Ad Pand. Lib. 47. tit. 1, exercit. 47. th. 5, in n. Vol. III. pag. 724.

(2) Conf. Lex 5, princ. et § 2. D. de injuriis et famosis lib. § 8. Institut. eodem. — MATTHAEUS, Lib. 47. tit. 4. cap. 3. nr. 6. tit. 1. cap. 3. n. 12.

(3) E. g. STRYK, ad Pand. Lib. 47. tit. 1. § 7, in fine, sed in errore versatur. Cf. L. 22. princip. et 52 § 19. D. de furt. Pauli S. R. II, tit. 31, § 35. — CROPP, sect. II. pag. 138 et 139.

ordinem irroganda, sed de poena judicio privato ex claris verbis Legis Corneliae petenda : « Lex Cornelia de injuriis competit ei qui injuriarum agere volet quod se pulsatum verberatumve, *domumve suam vi introitam esse dicat.* » Nec obstat quod ait Gellius Noct. Attic. XI, 18, « *furtum sine ulla attrectatione fieri sola mente atque animo ut furtum fiat, annitente. Quo circa ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo imperavit ut furtum faceret.* » Nam hic non agitur de furti conatu, sed de puniendo domino tanquam furti consorte, sive motore, sive auctore intellectuali quem vocant (1). Praeterea Lex 21 superius laudata quoque de casu particulari agit, ex qua absurdum esset deducere regulam generalem, et idem est de aliis legibus quas nobis opponunt.

Sunt qui conatum poena leviori qua crimen consummatum sive extraordinaria puniendum esse dicunt saltem in criminibus gravioribus. Hanc opinionem amplecti videtur etiam Philipse (2), quomodo autem haec Auctoris sententia cum iis quae pagina 15 initio dixerat, cohaerere possit, equidem non video. Initio enim dixerat : « *regulariter conatus non punitur, nisi vel poena leviori vel eadem qua delictum perfectum lege speciali irrogetur,* » paulo inferius prosequitur

(1) BYNKERSHOEK, Vol. I. pag. 256. — STRUVIUS, ad Lib. 47. tit. 2. D. exerc. 48. th. 15, nota B. hunc Gellii locum minus recte intelligit de imputatione morali.

(2) Diss. laud. cap. 1. § 6. pag. 16.

dicens : « *non sequitur ex lege tertia D. de his qui not. inf. in omnibus gravioribus delictis, vel tacente lege conatum potuisse puniri,* » et post dicit pag. 16 : « conatus in atrocioribus poena extraordinaria afficitur. » Communiter vero hoc effici solet ex Legis 3. D. de his qui not. infam. verbis ultimis; sed primum ne verbum quidem de extraordinaria coërcitione in hac lege continetur, et jam satis superque demonstratum est, theoriam quamlibet de puniendo conatu, fundatam in distinctione inter graviora et leviora maleficia, admodum vacillantem esse, nullaque certa ratione ex Jure Romano posse demonstrari. Ceterum adhuc monendum est, etiamsi Legis 3. laudatae verba non ita intelligamus, ut superius diximus, i. e. non ita ut statuamus, verba « *non est ea res adeo turpis* » prolata esse ad *comparandum ipsum conatum cum re perfecta*, ex ipsis tamen Edicti Praetoris de postulando propositi diversis capitibus everti posse videntur argumenta adversariorum, qui ex hoc loco principia de puniendo conatu secundum gravitatem delictorum in genere volunt efficere. Verior hujus legis interpretandae ratio ex sequentibus momentis est eruenda. In ea nempe Jureconsultus agit de his qui notabantur infamia ex tertio Edicto Praetoris, et idcirco *ne pro omnibus aliis postularent* prohibebantur; ad hos pertinebant hi qui artis ludicrae caussa in scenam prodierint (1). Si igitur JCtus dicit, rem non esse adeo turpem, ut etiam consilium debeat puniri, verosimiliter alludit iis quae secundo Edicto Praetoris sancita fue-

(1) L. 1 et 2. § 5. D. de his qui not. infam.

rant, quo scilicet *a postulando pro omnibus aliis* prohibebantur qui turpitudine notabiles erant, et hi bene distinguendi sunt ab iis qui tantum infamia ex tertio Edicto notari dicebantur (1). Quare circa conatum ex ea lege solummodo hoc concludi potest, personas turpitudine notabiles fieri et ex secundo Edicto Praetoris a postulando prohiberi posse, etiam si non consummatum foret factum, ratione cujus in hoc secundum Edictum Praetoris incidunt. Et hoc etiam indubitate probatur Lege 1. § 6. Dig. de postulando, in quo qui operas suas locavit ut cum bestiis pugnaret, fit turpitudine notabilis, licet delinquens non ultra conatum processerit. Sed in Leg. 3. Dig. de his qui notantur infamia, siquis artis ludicrae caussa operas suas locavit, neque prodit, non tenetur. De re minus turpi igitur loqui videtur JCtus tantum ratione rei magis turpis in secundo capite Edicti nominatae, et cum utraque res, locare operas ut prodeatur ad *bestias*, et locare operas ut prodeatur in *scenam*, per se spectata sit tantum admodum *leve* delictum, cum neutrum eorum gravius ac prohibitionibus quibusdam vel lege vel edicto pronuntiatis puniatur, neutrum igitur ad *atrociora* delicta pertineat, sive haec in vulgari sive in Croppii sensu intelligas; nec pro vulgari nec pro Croppii theoria aliquod argumentum desumi posse ex laud. Lege 3. manifestum est.

(1) Cf. Lectoris Doctissimi MOLITOR, Dissertatio de Minuta Existimatione, Lovanii 1824, pag. 76 et seq. et 80, ubi nova admodum et praeclara ratione doctrina de infamia exponitur.

Huc etiam pertinet sententia proposita a V. C. Haasio (1) qui sustinuit, eodem fere modo quo Auctores superius laudati, regulariter nonnisi delictum dolo consummatum poena ordinaria coërceri, si scilicet dolus et exitus simul concurrant, alterutro autem deficiente vel extra ordinem puniri vel etiam absolvi delinquentem. Hoc autem efficitur ex Lege 16. § 8. Dig. de poenis, ubi Saturninus sic disputat : « eventus spectatur, ut a clementissimo quoquo facta (quamquam lex non minus eum qui occidendi hominis caussa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit, puniat), et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur, ut apud praecipuum Poetarum scriptum est, e. q. s. r. » Hanc legem ita explicat Haasius, ut sub verbo *clementissimo* judicem intelligat, verbum vero *facta* ex ejus sententia opponitur *eventui*, ita ut illo nihil aliud indicetur nisi *voluntas* aut *consilium*, sive potius *conatus*, sive id quod quis ex *consilio et voluntate gessit.* Unde in fine disputationis hanc interpretationem nostrae legis tradit : « neque secundum solum eventum, neque secundum solum propositum, poena maleficiis statui potest; utrumque spectari debet, hinc ordinaria tantum poena locum sibi vindicat in maleficiis dolosis, hisque consummatis, extraordinaria in attentatis (nisi certa quadam lege ut Cornelia his ordinariam quoque poenam applicandam statutum sit) et culposis (ut in homicidio rixa facto, cujus exemplum exstat apud Homerum); nulla autem prorsus in maleficiis mere

(1) In diss. ad Leg. 16. § 8. Dig. de poen. Lipsiae 1808.

casualibus, quod vero non addidit Saturninus quia per se patet (1). » Alii alio modo legem illam intelligunt, ita scilicet ut credant, nullam in ea conatus mentionem fieri, sed tantum sermonem esse de eventu absque consilio, scilicet de *caede* non *dolo* sed *culpa* facta (2). Hoc volunt probare ex versiculo postremo quo adducta Graecorum auctoritate dicitur, apud eos *fortuitos casus* voluntario exilio lui solere, fortuitos enim casus in Jure Romano pro *factis culposis* sumi (3). Hinc manifestam esse sententiam JCti, dicere volentis, interdum ex eventu quoque sumendam esse poenam v. g. si *culpa* caedes facta fuerit, etiam si a viro alioqui *clementissimo*. V. Cl. Cropp ab hac sententia non multum recessit. Primum hanc Legem esse mendosam ait, et mutat *facta* in *facto*, tanquam ablativum absolutum, pro *cum factum est*, vel etiam *factis* legendum, vel post *facta* verbum *caede* adjiciendum esse credit (4), et sic hanc legem interpretatur: « verba *clementissimo quoquo* indicant hominem qui caedem involuntariam commisit, sive qui in calore iracundiae delictum, quod aequo animo constitutus nunquam commisisset, perpetravit. Unde hic est sensus legis : in poena infligenda ratio habenda est *eventus*, haec tamen regula generalis non

(1) Conf. CROPP, sect. I. pag. 54, 55, 56.

(2) MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 5. cap. 3. n. 10. CUJACII Observ. XIX, 10. ALCIATI Dispunct. I, 18.

(3) Conf. WELCKER, letzte Gründe von Recht Staat und Strafe. Giessen 1813. pag. 557-559.

(4) Idem sentit POTHIER, ad Pand. Lib. 48. tit. 19. pag. 506. n. 56, in nota, Vol. III.

est, sed propositio unice ad casum sequentem sive caedem culposam referenda. Si scilicet caedes non dolo malo sed culpa tantum perpetrata est, ejusmodi factum punitur ratione eorum quae ex culpa orta sunt. Verum est quidem Lege Cornel. de sicariis, voluntatem eodem modo coërceri atque eventum, sive imperfectam caedem perfectae aequiparari, sed ad hujus legis applicationem requiritur *dolus*, nec culpa lata dolo aequiparatur. Unde homicidium culposum ad Legem Cornel. non pertinet; nihilominus caedis culposae auctor ab omni poena non est liberandus, sicut etiam apud Graecos fortuiti casus id est *culposa* delicta exilio voluntario mulctabantur. » Similiter jam Pothier ante Croppium locutus erat: « sensus legis est, ait JCtus Franco-Gallus Celeberrimus, ita eventus spectatur in delictis, puta in homicidio, ut etiam puniantur facta imprudenter a clementissimo homine, ab eo v. g. qui nullam occidendi voluntatem habebat, tamen propter eventum punitur facta caedes. Quamquam videri posset non esse eam puniendam, cum in delictis *voluntas* maxime spectetur, ita ut etiam cum eventus secutus non est, puniatur, ut in specie ejus qui cum telo occidendi caussa ambulavit nec occidit, verum quamvis maxime spectetur voluntas, tamen et *eventus* etiam spectatur, et involuntaria delicta ab imprudentibus admissa puniuntur, non quidem poena legis a qua semper excusatur qui non habuit animum delinquendi, sed extra ordinem. » Sed videtur Pothier in ea lege regulam generalem de eventus ratione habenda in omnibus delictis agnoscere, nec eam restringit ad sola delicta culposa, contrarium sentit Cropp sect. I pag. 58 et 59. — Cujacius etiam

putat in nostra lege nil contineri nisi quod jam in L. 7. D. ad Leg. Corn. de sic. dicatur, scilicet ad *culpam* in caede puniendam eventum esse spectandum, non item ad puniendum *dolum*. Alii tandem Jureconsulti ex ea lege efficiunt, ad poenae applicationem regulariter necessariam esse delicti consummationem, nec conatum eadem poena qua crimen perfectum esse puniendum, nisi id quadam lege speciali statutum sit (1).

Ut vero nostram de hac lege sententiam dicamus, videtur quidem casus ille quem tanquam exemplum proponit Jureconsultus in Legis nostrae § 8, de *culposa* caede intelligendus et in ea re admittenda esse explicatio Croppii et aliorum; nam Homeri locus a JCto adlegatus indubitate pertinet ad culposam caedem (2). Nec dubium videtur sub verbis a *clementissimo quoquo facta* intelligi *homicidium involuntarium*, ut praecipue Cropp ex Basilicorum Libr. LX. tit. 51. demonstravit, ubi ita Lex nostra in Graecum versa legitur: « *ἀποτέλεσμα, ὡς ἐπὶ τῶν ἁμαρτανομένων ἀπὸ τῶν πρᾴων ἀνθρώπων, εἰ καὶ ὁ νόμος οὐκ εἴωθε προσέχειν τῷ ἀποτελέσματι, ὡς ἐπὶ τοῦ περιιόντος ἐνόπλου ἐπὶ τῷ φονεῦσαι. ὁ δὲ ἀκούσιος φόνος ἐξορίαν ἐπιφέρει.* » Haec sane referri possunt ad eum qui *culpa* hominem occidit, sive, ut dicebant Romani, ad eum qui *casu* potius quam *voluntate* aliquem interfecit (3), et haec explicatio omnino cohaeret cum Homeri loco

(1) Conf. BYNKERSHOEK, Vol. I. pag. 257. — PHILIPSE, pag. 16 et 17. — LEYSERUS, ad Pand. Vol. IX. spec. 602. n. 5 et seq. 513 et 514.

(2) Conf. SAMUEL PETITUS, Leg. Attic. Lib. VII. tit. 1. cap. 8 — 10., in Heineccii Thesauro Vol. III. pag. 614 et seq.

(3) Lex 1. § 3. Dig. ad Leg. Cornel. de sicariis.

laud. et cum Lege 1 et 3. Cod. ad Leg. Cornel. de sicar. L. 5. § 1 et L. 1. § 5. D. eodem titulo; sed nihilominus contendimus, in ea lege regulam generalem de puniendo conatu contineri. Nam cum *incivile sit nisi tota lege perspecta, una aliquave particula ejus proposita, judicare vel respondere* (1), non solummodo § 8. hujus Legis inspicere debemus, sed etiam integram Legem examinare. Postquam autem Saturninus in principio Legis quomodo delicta committi possint dixerat, in § 1 ejusdem Legis, haec genera septem modis, scilicet *caussa*, *persona*, *loco*, *tempore*, *qualitate*, *quantitate* et *eventu*, consideranda esse, addidit. Ex his evidenter sequitur, eventum non solum in delictis *culposis*, sed etiam in *dolosis* esse spectandum; JCtus enim princ. Legis de delictis in genere et dolo et culpa commissis loquitur, in § autem 1, ad omnia ea delicta respiciens, in omnibus eventum esse spectandum generaliter declarat. Adeoque in principio Legis praecipue delicta *dolosa* tanquam exempla proposuit Jureconsultus, ut v. g. *furta*, *famosos libellos* etc., et postea dicit: « haec *quatuor genera* septem modis, caussa, persona,... et *eventu* consideranda sunt; » unde nemo dubitare potest, quin haec generaliter sint intelligenda. (2). Hujus § 1. nullam rationem habet Croppius, et etiam si exemplum § 8. relatum ad caedem culposam esse referendum, cum eo statuamus, inde nihil

(1) L. 24. D. de Legg.

(2) Conf. DOMAT, Leg. delect. ad Lib. Pand. 48. tit. 19. n. 17.—PUETTMANN, Element. Juris Crim. § 58 et Opuscula Juris Crim. prol. 4. pag. 99, 100 et 101. — BARBACOVIUS, edit. anni 1795. cap. 17. pag. 54.

obstat, quominus dicamus, in hoc § 8. ipso proponi regulam generalem, ut in principio Legis, in illo scilicet verbis *eventus spectatur*, quibus scriptis quidem JCtus allegat factum quod non nisi ad culposam caedem pertinet, sed solummodo *exempli* caussa, ut patet ex particula *ut*. Quare exinde nullomodo sequitur, fragmentum illud unice ad caedem culposam referri; contra multo potius dicendum est, *regulam generalem de habenda eventus ratione in ea lege statui, et Jureconsultum ad eam confirmandam usum esse exemplo, quod ad sola delicta culposa pertinet* (1). Saturninus igitur non hoc loco quod prius generaliter dixerat, ad singulum casum restringere voluit; sed solummodo delictum culposum nominavit *demonstrationis caussa* (2). A generali regula tamen excipit legem Corneliam, « *quamquam lex non minus eum qui occidendi hominis caussa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit, puniat,* » exinde quoque patet, principium *pro delicto perfecto conatum haberi*, non ad regulam, sed potius ad *exceptionem* pertinere. Credimus igitur, hunc esse sensum Legis 16. § 8. de poenis, eventus in delictis generaliter ratio est habenda, ut v. g. in caede culposa eventus considerandus est, aliter tamen per exceptionem in Lege Cornel. de sicariis res se habet, nam in ea eventus non requiritur, sed solus conatus delicto perfecto aequiparatur. Quidam Scriptores pro *clementissimo* verbum *dementissimo* ponunt (3), sed haec lectio omnino falsa est, nam in demen-

(1) Conf. CROPP, sect. I. pag. 58, initio.
(2) Conf. L. 74. de Regul. Jur.
(3) ALCIATUS, Dispunct. I. 17.

tissimum neque dolus neque culpa cadit, unde ille nulla poena potest affici. Porro huic lectioni omnino repugnat Basilicorum locus supra laudatus. Quoad interpretationem Haasii supra laudatam monendum est, nusquam, nec apud Jureconsultos nec apud reliquos Auctores Classicos verbum *facta* opponi verbo *eventui*, ita ut illud pro *consilio*, *voluntate* sive *conatu* sumatur; quin imo cum agitur de nexu *eventus* cum *voluntate*, *factum* et *eventus* saepe promiscue usurpantur, ut e. g. in Pauli S. R. V. 23, 3. « *consilium* unius cujusque, non *factum* puniendum est, » apud Valerium Maximum, Lib. VI. cap. 1. « non enim *factum* tunc, sed *animus* in quaestionem deductus est, » aliisque locis supra jam laudatis. Item legitur apud Senecam, Controv. V. 32, « non enim *eventus* imputari debet cujusque rei, sed *consilium* (1), » egregium etiam exemplum invenitur apud Livium, Historiarium Libro XIX. cap. 42, « non *facta* magis quam *consilium et animus* patrantis puniuntur. » Nec possumus sub *clementissimo* judicem intelligere cum Haasio, haec enim interpretatio omnino repugnat Basilicis (2). Quae denique Haasius (3) statuit de conatu generaliter poena extraordinaria puniendo, ea Juri Romano repugnare videntur; in nulla enim lege hujus sententiae vestigia inveniuntur, et pro parte ea iisdem argumentis quae jam superius adtulimus aliarum sententiarum

(1) Coll. Leg. Rom. et Mos. I, 7, CICERO, pro Milone cap. 4.

(2) Ita tamen etiam sentit. JOAN. CANNEGIETER, loco laud. pag. 183.

(3) Hanc sententiam Haasii omnino amplectitur Joan. Cannegieter opere laud. pag. 182 et 183.

respectu, infirmari potest. Constat enim in plurimis delictis conatum nulla poena coërceri, e. g. L. 22. § 4. D. de fals. L. 21. § 4. D. de furt. L. 5. § 2. D. ne quis eum qui in jus voc. L. 1. § 2. D. quod quisque juris; porro constat ex aliis legibus, aliquando dolum pro facto haberi, ut L. 7. D. ad Leg. Corn. de sicar. L. 1. in fine D. ad Leg. Pomp. de parric. L. 5. C. ad Leg. Jul. Maj. Aliquando conatus levius coërcetur quam delictum perfectum, ut L. 1. § 2. D. de extra. crim. quae tam diversa conatus puniendi ratio probat, nullam exstare regulam generalem de ea re; et praeterea si in omni casu poena extraordinaria in conatum infligenda fuisset Jure Romano, ad extraordinaria judicia pertinuisset vel levissimorum delictorum conatus, dum ipsa delicta consummata adhuc jure ordinario judicari potuerunt. Cujus rei nullum vestigium superest in Jure Romano, adeoque absurda est ejusmodi sententia. Peculiarem quoque Püttmann (1) proponit interpretationem Legis 16. § 8. Ad verbum *facta* adjiciendum esse putat verbum *caedes*, et vocem *ut* sumit pro *quamvis*. Ad hujus igitur legis casum explicandum hoc utitur exemplo: Titius amicum suum bibendi gratia invitaverat, sed inter pocula rixa subito orta Titius amicum occidit. Titius, ait Püttmann, defensionis caussa forsitan dicet, se non habuisse voluntatem occidendi; sed ex sententia Saturnini *eventum esse spectandum*, *quamvis a viro clemen-*

(1) Opusc. Juris Criminalis prolus. 1. pag. 17 et 18, in Dissert. de excessu illius cui verberatio aut vulneratio mandata est, mandanti non imputando.

tissimo caedes facta sit!! Hanc vero interpretationem falsam esse, non est quod multis moneamus, ea etiam adversatur Basilicis in quibus particula *ut* vertitur ὡς. Nec diutius immorabimur in hoc loco interpretando de quo fortasse jam nimium diximus.

§ XIII.

De conatu remoto.

Non inutile nobis videtur, adhuc paucis hic examinare sententias Auctorum quorumdam de Juris Romani praeceptis circa conatum *remotum* quem dicunt. Contendunt vero plurimi, conatum proximum poena delicti perfecti ordinaria esse plectendum (quam sententiam falsam esse jam probavimus,) conatum autem remotum poena extraordinaria ex judicis arbitrio determinanda afficiendum esse (1). Sed hi Auctores in errore versantur, nam ejusmodi principium in Jure Romano nullibi statutum est; illud tamen usu fori aut aliis legibus positivis in diversis Europae regionibus introductum erat, hinc male tributum est Juri Romano, vel etiam ex mala Juris Romani interpretatione in leges et usum fori transiit. Distinctio inter poenam ordinariam et extraordinarim respectu ad conatum in genere aliena est a Legibus Romanis, ut pro

(1) MENOCHIUS, de arbitris L. 2. Cas. 360. n. 14 et 20. — FARINACIUS, Quaest. 124. n. 40. — STRUVIUS, ad Lib. 47. tit. 1, exercit. 48. tit. 5. nota. — STRYK, ad Pand. Lib. 47. tit. 1. § 8. — MATTHAEUS, de Crim. Lib. 48. tit. 18. cap. 4. n. 13 initio.

parte jam superius demonstravimus. Philipse in Dissert. suae pag. 12 et 13 opinatur, conatum remotum qui per se actum licitum constituit, in regula non puniri, quia non differt a cogitatione; si vero conatus remotus jam per se constituit factum illicitum, et quidem delictum aliqua poenali lege vetitum, tunc hujusmodi facti poenam esse irrogandam. Sic qui furandi causa alienas aedes ingressus est, non tenetur ex capite furti, sed quia invito domino ejus aedes ingressus est, tenetur actione injuriarum; sic etiam is qui rapinae faciendae caussa fenestras effregit, tenetur Lege Aquilia (1). Hoc tamen non omnino adcurate dictum videtur. Credimus, nullum praeceptum generale de puniendo conatu remoto ex jure Romano proponi posse, illumque tunc solummodo esse puniendum, si poena speciali lege addita sit. In singulis tamen casibus ille punitur ut delictum consummatum. Sic qui emit venenum ut patri daret, licet dare non potuerit, poena Legis Pompeiae afficitur ex L. 1. in fine Dig. ad Leg. Pomp. de parricid. Perezius (2) et quidam alii ad poenam hujus legis irrogandam non nudam veneni praeparationem sufficere, sed etiam ulteriorem conatum exigi putant. Haec eorum explicatio nititur verbis *licet dare non potuerit*; unde eruunt, supponi a conatus auctore nihil fuisse praetermissum ad ex-

(1) L. 21. § 7. L. 52. § 19. L. 1. § 1. D. de furtis L. 2. princ. § 1, 2, 4, 10, D. de vi bon. rapt. — PAULI S. R. II. tit. 31, § 35. L. 27. § 5. D. ad Legem Aquil. — BYNKERSHOEK, Vol. I. pag. 258. — MATTHAEUS, Lib. 47. tit. 1. cap. 3. n. 12. — CROPP, sect. II. pag. 138 et 139.

(2) Ad Cod. Lib. IX. tit. 17. n. 4. — Cf. ENGELBRECHT, loco laud. cap. 47. th. 42. — STRUVIUS, ad Pand. Lib. 47, tit. 1. exerc. 48. th. 6, in nota A.

secutionem efficiendam, sive delinquentem jam ad actum proximum pervenisse, ita ut sola vi externa impeditus fuerit eventus. Sed in errore versari videntur hi Auctores; verba enim Legis 1 in fine D. de parricidiis probant, ad poenae applicationem hoc solum sufficere, ut quis emerit venenum cum animo patrem necandi. Nec verba *quamvis non potuerit dare* demonstrant, delinquentem ultra actus praeparatorios processisse oportere. Ideoque siquis, postquam emerat venenum quod patri daret, in morbum quemdam inciderit quo consilium exsequi non poterat, hic sane Lege Pompeia tenebitur (1).

Conatus remotus poena delicti perfecti ordinaria etiam afficitur, si quis *hominis necandi causa* venenum fecerit vel vendiderit vel habuerit, sive in publicum mala medicamenta vendiderit, is enim poena Legis Corn. afficitur (2), et tamen haec sunt facta mere praeparatoria. Idem etiam observatur in crimine laesae majestatis; si quis enim conspiraverit contra Principem aut contra Rem Publicam capite punitur (3). Et tamen conjuratio nihil aliud est quam cona-

(1) STRUVIUS, ad Lib. 48. tit. 9. exerc. 49. th. 68, in notis, Lit. 9. Part. III. pag. 1097. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 5. n. 3. tit. 6. cap. 1. n. 7. — CROPP, pag. 80. sect. II.

(2) L. 3. princ. et § 1. L. 1. § 1. Dig. ad Leg. Corn. de sic. — PAULI, S. R. V, 23, 1. § 5. Instit. de public. judiciis. — QUINTILIANI, declam 13.

(3) L. 5. Cod. ad Leg. Jul. Majest. Basilic. Lib. LX. 36. cap. 4. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 2. n. 18. cap. 2. — PHILIPSE, pag. 24. Cropp sect. II. pag. 42.

tus remotus ; consistit enim in comparatione adminiculorum executioni inservientium. Alia exempla hucpertinentia referre longum est. Sufficiet indicasse, in pluribus delictis conatus remotos eadem poena punitos fuisse apud Romanos qua crimen consummatum. Altera ex parte in permultis delictis conatus remotus per se a poena immunis fuisse videtur. Qui aedes alienas ingressus est, cum animo furandi, non puniebatur ex capite furti; tenebatur quidem actione injuriarum, sed non quia furtum tentavit, sed solummodo ob delictum particulare, scilicet quia injuriam domino intulerat ingrediendo illius aedes (1). Unde sequitur, eum qui alium furti conatum remotum fecerat, per se laesionem non continentem, fuisse absolvendum, quod eo magis admittendum est, cum ipse proximus plurium delictorum conatus, ut probavimus, puniri non posset. Objici tamen potest L. 225. D. de verborum significatione : « fugitivus est, non is qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum jactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit ; nam et furem, adulterum, aleatorem quamquam aliqua significatione ex animi propositione cujusque sola quis dicere posset, ut etiam is, qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matrem familias corruperit, si modo ejus mentis sit ut occasione data id commissurus sit, tamen debere eadem haec crimina *assumpto actu* intelligi,

(1) HERM. CANNEGIETER, pag. 43, in fine. — VOETIUS, ad Lib. 47. tit. 2. D. n. 6 et 47. tit. 10. n. 7.

et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum propositionem solam, sed cum actu aliquo intelligi constat. » Ex ea lege forsitan efficietur, furti poenam esse irrogandam simulac actus quidam commissus fuerit quo tendebatur ad delicti exsecutionem; sed si res ita se haberet, exsisteret antimonia inter Legem 225. D. de verborum signif. et alias Leges, nominatim Legem 21. § 7. D. de furtis, qua evidenter ostenditur, conatum furti non puniri. Quare cum Leges quae nostrae sententiae favent omnino sint perspicuae, non sane negligenda est ratio has Leges conciliandi, et ita Legem 225 interpretandi, ut cum aliis juris praeceptis non pugnet. Haec autem Lex non ad Jus Criminale pertinere videtur, sed solummodo ad Edictum Aedilitium, ut patet ex Leg. 17, § 2, 4 D. de Aedilitio Edicto, item ex § 14 ejusdem Legis et passim, ubi etiam definitur quid sit servus fugitivus. Scilicet qui vendiderat servum erronem aut fugitivum, poterat actione redhibitoria conveniri, ut *pretium redderet* emptori, *servum vero reciperet.* Cum autem dubium esset quis fugitivus dici posset, hoc explicavit Jureconsultus, respectu actionis redhibitoriae, in nostra Lege 225; quare ex ea non sequitur furti conatum puniri, neque ea adversatur nostrae sententiae. Quidam Auctores ejus legis aliam interpretationem proponunt, verba fere ultima, *actu assumpto*, intelligunt de actu delictum ipsum constituente, sive de actu a legibus requisito ut delictum puniri possit; et si haec explicatio admittenda est, tunc ex Lege 225 solummodo sequitur aliquem nuda cogitatione non esse furem, sed ut quis puniri possit, necesse esse ut facta quae in notione delicti a lege definita

continentur, admissa sint (1). Lex enim illa non dicit, omnem actum sufficere ad poenae applicationem; sed natura facti requisiti dijudicanda est ex aliis juris dispositionibus, de ea re nihil statuit Lex 225. Nec etiam obstat nostrae sententiae, *conatum furti non esse puniendum*, Lex 1. princip. D. ad Legem Cornel. de sic. qua tenetur tanquam homicida qui furandi causa cum telo ambulaverit. Hic enim non punitur conatus furti, sed multo potius homicidii conatus, etenim praesumitur fur qui cum telo ambulat, iniisse consilium occidendi eum qui ipsum a furando prohibiturus sit (2). Quamvis autem antiquitus furti conatus per se non punirentur, quaeri posset, num hoc jus non abrogatum sit Leg. 20. Cod. de furtis de qua jam diximus. Sed haec Lex de casu omnino peculiari statuens non extendi posse videtur ad casus similes, ideoque errare videtur Cropp (3) hanc Legem de furtis in genere intelligens. Nec omnino recte dicit ille Auctor, sect. II. pag. 139 et 140, in ea Lege furti *conatum* puniri, multo potius dicendum est furtum revera esse *consummatum*, et ipse Cropp hanc sententiam defendit sect. I. pag. 70. Praeterea etiam si conatum furti cujuscumque in ea lege puniri constaret, non sane ex ea coërcerentur facta solummodo *praeparatoria*; in casu ejus legis enim delicti executio saltem jam

(1) Conf. BYNKERSHOEK, Vol. I. pag. 258. huic sententiae adhaerere videtur.

(2) MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 5. cap. 1. n. 2. — CROPP, comm. laud. sect. II. pag. 78. — VOETIUS, ad Lib. 48. tit. 8. n. 4.

(3) Sect. II. pag. 140.

inchoata dici potest, et hinc si ea lex ad conatum pertinere dici posset, ea certe tantum pertineret ad conatum *proximum* (1).

Sunt permulta alia delicta quorum ipse proximus conatus omnino impune committi poterat Jure Romano, et de quibus jam plurimis locis egimus. In his igitur nec remotum conatum puniri potuisse, manifestum est. Nec pudicitia attentata antiquitus puniebatur tanquam conatus stupri aut adulterii, sed solummodo ad attentatam pudicitiam vindicandam dabatur actio injuriarum, quia mulieri aut virgini injuria illata, unde facto hoc proprium delictum commissum esse intelligebatur (2). Postea quidem quasi stupri conatus ejusmodi facta extra ordinem puniri poterant, arg. L. 2. D. de extraord. criminibus; hinc vero non sequitur ab eo tempore in omnia facta stuprum praeparantia animadverti potuisse.

§ XIV.

De conatu a quo delinquens propria voluntate recessit.

Hactenus egimus de casibus in quibus conatus exitu caruerit casu fortuito et momentis ab agentis voluntate non

(1) Conf. CROPP, sect. I. pag. 151. et ib. in nota 4. L. 20. Cod. de furtis et servo corrupto. § 8. Inst. de oblig. quae ex delict. nascuntur. — PHILIPSE, pag. 41 et 42.

(2) § 1. Inst. de inj. Lex. 1. § 2. L. 15. § 15. et seq. D. eodem L. 9. § 4. D. eod. PAULI. S. R. V. tit. 4. § 4. — MATTHAEUS, de Crim. Lib. 48, tit. 4. cap. 1. n. 1. — CROPP, sect. II. pag. 111 et 112. — VOET. ad Lib. 47. tit. 10 n. 7.

pendentibus, nunc ad argumentum nostrum plene explicandum necesse est, ut videamus, quaenam fuerit sententia Romanorum de conatu puniendo, si delinquens propria ac libera voluntate a criminis exsecutione recesserit. De hujus quaestionis solutione non omnino consentiunt Interpretes. Alii poenam regulariter poenitentia tolli contendunt, nisi actus jam commissi proprium delictum constituant. Valere enim dicunt praeceptum quod apud Senecam in Agamemnone, act. II. vers. 342 legitur : « nam sera nunquam est ad bonos mores via, quem poenitet peccasse, paene est innocens (1). » Cropp sect. I. pag. 75. et seq. non ita, ut alias solet, dilucide atque docte rem eam explanavit, et multo potius quisnam sit effectus poenitentiae post delictum consummatum, quam post conatum, exposuit. Eum qui proprio motu a criminis perfectione se abstinuit, puniendum esse, leviori tamen poena, credunt alii Auctores (2), nos vero de hac quaestione nullam regulam generalem in Jure Romano inveniri, fateri debemus, ita ut, quemadmodum conatus non coërcetur, nisi lege speciali poena statuta sit, sic etiam eum qui conatum criminis sub poena vetitum semel commiserit, absolvi non posse credamus, nisi id specialiter legis quadam dispositione receptum sit. Hinc, quod ait Matthaeus Lib. 47. tit. 13. cap. 2. nr. 3. de crimine consummato, id etiam de conatu dicendum esse existimamus, nec assentiri possumus Auctoribus

(1) Cf. STRYCK, ad Pand. Lib. 47. tit. 1. nr. 7.

(2) TULDENUS, ad Cod. Lib. 9. tit. 16. n. 3. HUPKA § 141 et 142. — PUETTMANN, Inst. Juris Crim. § 32.

qui ea de re regulam generalem ex Jure Romano sistunt (1). In plurimis tamen casibus singularibus ob poenitentiam conatus levius castigatur vel etiam ab omni poena liberatur.

In L. 19. D. de falsis v. g. haec proponitur sententia : « qui falsam monetam percusserint, *si id totum formare noluerunt*, suffragio justae poenitentiae absolvuntur. » Unde patet, eum qui jam falsae monetae cudendae crimen inchoaverit, ob poenitentiam ab omni poena esse liberandum, an vero haec lex ad casus similes et alia crimina extendi possit, maxime dubium est. Nos vero credimus, ex ea nullam regulam generalem derivari posse, cum nulla adsit ratio quae nos inducat ad ejusmodi interpretationem. Crimen falsae monetae in Digestis ex Lege Cornelia de falsis puniri, in Codice vero Justineaneo, qui falsam monetam confecerit, Lege Julia Majestatis teneri dicitur (2). Cujus quidem rei haec ratio fuisse videtur, quod tempore Jureconsultorum quorum fragmenta in Pandectis leguntur, Imperatores nondum edixerant, ut *in suis tantummodo monetis pecuniae cudendae studium frequentaretur*, quae verba in Constitutione Constantini in L. 2. C. h. t. leguntur, unde ante hanc Legem Majestas Imperatoris eo crimine nondum laesa intelligebatur. Sed postquam Imperatores sibi jus cudendae pecuniae reservaverant, confectio falsae monetae *ad laesae Majestatis cri-*

(1) Cropp, comment. laud. sect. I. pag. 76.

(2) Conf. L. 8. L. 9. princ. § 1, 2, ad L. Cornel. de falsis, et Pauli S. R. V, 25, 1, cum Lege 2. C. de fals. mon.

men pertinere coepit (1). Oritur nunc quaestio, an monetarii falsi qui in Legis Juliae Majestatis poenas incidebant, gaudebant beneficio quod Lege 19. D. ad Legem Corneliam de falsis, ipsis concedebatur; et sane illud eis concedendum esse crediderim. Verum est quidem, monetariorum falsorum *poenam* esse exasperatam eo quod loco Legis Cornel. de falsis eos Lege Julia Majestatis teneri jussum est; sed nihilominus, cum *jure veteri standum sit, donec inveniatur expresse correctum*, nec ex ullo juris loco pateat, Legis 19 dispositionem esse abrogatam, illud beneficium non esse sublatum, contendimus. Eo magis mihi haec sententia placet, quod etiam in Lege Julia Majestatis, qui initae factioni adversus Rem Publicam nomen quidem dederit, sed rem postea ad magistratum legitimum detulerit, in certis casibus a poena liberatur, unde absolutio ex capite poenitentiae, Analogiae Legis Juliae consentanea est (2). Nec obstat, quod Analogiae nulla vis sit in poenalibus caussis, hic enim non de poena legis ex Analogia *asperanda* sed de ea *mitiganda* agitur. Oritur iterum quaestio, an in casibus in quibus aliquis ex capite poenitentiae a poena liberatur, possit eo beneficio uti, si solo poenae metu a delicto consummando se abstinuerit? Infitiando respondere videtur Cropp sect. II. pag. 34, sed ego potius crediderim, etiam in hoc casu delinquentem esse

(1) Conf. GOTHOFREDUS, ad Leg. 3. Cod. Theod. de falsa moneta. — DESPEISSES, oper. laud. Vol. II. pag. 125 et 126.

(2) L 5. § 6 et 7. Cod. ad Leg. Jul. Maj. — CROPP, comm. laud. sect. II. pag. 24, 25, 28, 34.

absolvendum. In nullis enim casibus leges mentionem faciunt *caussae* poenitentiae, sed hoc solum ubique requiritur, ut delinquens propria voluntate a delicto recesserit, ut ex verbis qui *formare noluerunt*, Legis 19. D. ad Leg. Corn. de falsis, patet, nec usquam distinguitur, utrum reum facti poenituerit ratione ipsius nequitiae, an solummodo propter vindictae publicae metum (1). Nostra sententia etiam rationi consentanea est, caussa enim quae movit delinquentem, ut a delicto se abstineret, omnino ad forum internum, non vero ad judicis potestatem pertinere videtur.

Alia sunt delicta in quibus reus justo poenitentiae suffragio levius castigatur. Casus est in Lege 11. D. de in jus vocando, in qua haec leguntur : « quamvis non adjiciat praetor *caussa cognita* se poenale judicium daturum, tamen Labeo ait, moderandam jurisdictionem, veluti si *poeniteret* libertum. » Ibi agitur de caussa qua libertus sine praetoris permissione patronum in jus vocaverit. Observandum etiam generaliter est, in iis caussis ubi poenitenti remittitur poena delicti consummati, a fortiori eum esse absolvendum, si recesserit tentato solummodo crimine, ut in crimine Mathematicorum et incestarum nuptiarum (2). Ex Leg. Pomp. de parric. qua tenetur qui emerit venenum ut patri daret, *quamvis non potuerit dare*,

(1) Hanc dijudicandi rationem admittere videtur Cropp ipse, sect. II. pag. 24, in fine et 25, de ipsomet crimine laesae Majestatis.

(2) Conf. L. 36. § 6. D. ad Leg. Jul. de adult. Lex 10. C. de episcop. audient.

dubium admodum est, an filius qui proprio motu recesserit a consummando crimine, puniri possit? Nonnulli contendunt eos *qui non potuerint dare*, nominari in antithesi eorum qui a proposito propria voluntate destiterint, et ex ea interpretatione filium qui, ad patrem occidendum veneno jam comparato, nulla vi externa coactus, ab impio consilio recederet, impunem esse dimittendum (1). Aliis autem haec opinio displicet, quia Jureconsultus in ea lege agit de casu quo filius a crimine perpetrando recedere coactus fuerit momentis fortuitis, sed nihil dicit de casu quo proprio motu ab exsecutione destitisset. Non minus intricata est quaestio, an ii qui hominis occidendi caussa cum telo ambulaverint, vel venena vendiderint, suffragio justae poenitentiae absolvi possint. De hoc casu omnino silent leges, qui autem illos absolvendos esse defendunt, argumentantur a casu praecedenti, et dicunt nullum intercedere dicrimen inter poenam parricidarum et sicariorum (2), quam sententiam non adcuratam esse serius docebimus.

§ XV.

De adminiculis non idoneis ad consummandum crimen adhibitis.

In examinanda quaestione, an Jure Romano conatus puniri possit, si adminiculis quibus usus est reus, executio nullo

(1) Cropp. sect. II. pag. 80.
(2) Idem sect. II. pag. 94.

modo perfici poterat, Cropp distinguit, utrum delinquens *aliud quam voluit*, an *idem atque voluit* adminiculum adhibuit, utrum e. g. aliquis *rem innocuam pro veneno ipsi venditam alteri edendam dederit*, *credens se venenum dare*, an vero *ad occidendum usus sit imprecationibus*, *credens per eas posse alterius mortem effici*. Hanc distinctionem vero verbis minus perspicuis proponit Auctor. Ceterum in priori casu atrociorum criminum conatus puniri, leviora autem crimina tentata a poenis eximenda esse dicit; in posteriori vero casu reum potius spernendum esse quam puniendum (1). Exinde patet, hanc sententiam pro parte niti adhibito ad puniendi conatus rationem inveniendam discrimine inter graviora et leviora delicta; sed hanc distinctionem in hac doctrina nullius momenti esse, jam superius demonstravimus. Ceterum de ea quaestione de qua hic agitur, nulla regula generalis invenitur, ideoque nec ejusmodi regula sisti potest, sed solummodo videndum est, quid in singulis casibus Lex statuerit. Nonnullae quidem Leges expresse determinant facta quae tanquam conatus debeant puniri, et in his dubium nullum superesse, *nec nisi tali facto commisso legis poena irroganda esse videtur*. Sed permultae Leges non loquuntur de factis quae tanquam conatus consideranda sint, sed tantum in iis generaliter dicitur, *eadem severitate puniri sceleris voluntatem atque effectum*, sive *dolum pro facto haberi*. In iis Legibus, an adminicula quae ad exsecutionem perficiendam minime sunt apta, tanquam conatus puniri possint, potissimum quaeri potest. Hoc negat

(1) Sect. I. pag. 42 et seq.

Cropp adhibita distinctione, ut vidimus, sed probationem nullam sententiae suae addit. Cum vero ex his Legibus modo laudatis ad poenae applicationem sufficere videatur, ut quis voluntatem externe manifestaverit factis ad exsecutionem tendentibus (1), nec ullibi, ut medium adhibitum sit idoneum ad exsecutionem consummandam, in Jure Romano expresse requiratur; potius contrariam sententiam adoptandam esse, crediderim. Quod vero attinet ad alium casum quem proponit Cropp pag. 43, scilicet si quis v. g. errore deceptus vinum loco veneni inimico dederit; nemini dubium esse potest de talis facti punitione, cum certe ejusmodi factum tanquam conatus considerari possit, nisi in casibus singularibus aliud lex statuerit, ut in Lege 22. § 4. D. ad Legem Corneliam de falsis. Sed non assentiri possum Croppio dicenti, talis conatus punitioni locum esse in omnibus atrocioribus delictis, nec nisi in gravioribus. Nec Auctor sibi admodum constat, quum hac occasione crimen falsi quod certe ad judicia publica pertinet, levioribus delictis adscribit; qua de re jam diximus.

§ XVI.

De facto commisso ad efficiendam laesionem quae ex rei natura evenire non potuit.

Una tantum nobis superest quaestio examinanda, scilicet

(1) Conf. PHILIPSE, pag. 26. — STRYK, ad Lib. 47. tit. 1. § 6. — STRUVIUS, ad Pand. Lib. 47. tit. 1. exerc. 48. tit. 5. Vol. III. pag. 723, in fin. et 724, initio, cujus tamen sententia non omnino mihi probatur. — VOETIUS, ad Lib. 48. tit. 4. n. 10. — MATTHAEUS, proleg. cap. 1. n. 5 et 6.

an puniri possit is qui, cum vellet aliquam laesionem efficere, aliquid fecit quod licite poterat facere. Haec quidem quaestio non in legibus expresse invenitur, sed tamen ex sententia legum patebit, nullam in ejusmodi casibus poenam irrogari posse, nam *cogitationis poenam nemo patitur*, quod tamen aliquo modo fieret, si in his casibus reus puniretur. Porro occurrit de ea re locus quem omisit Cropp (1), scilicet § 8. Institutionum de obligationibus quae ex delictis nascuntur : « sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur *furtum non fieri.* » Idem sequitur ex Lege 46. § 8. D. de furtis: « per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit, et ait Pomponius, furtum me facere : verum tamen est, ut *cum ego velim eum uti*, licet ignoret, ne furti sit obligatus (2). » Hae sane leges ostendunt, eum qui se furtum committere credens, aliquid licitum agit, non posse puniri. Similis sententia invenitur in Lege 38. § 6. D. de poenis : « testamentum quod nullo jure valet, impune supprimitur, nihil est enim quod ex eo aut petatur aut consistere possit. » Porro idem etiam invenitur in Leg. 6. princ. D. ad Leg. Cornel. de falsis : « si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena Legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit, nam et eum

(1) Cf. ejus Diss. sect. I. pag. 39 et 40.

(2) STRUVIUS, ad Pand. Lib. 47. tit. 2. exerc. 48. th. 15. not. — PEREZIUS, ad Institutiones, Lib. IV. tit. 1. pag. 393. — HUBERUS, ad Lib. IV. tit. 1. Inst. n. 7. — VINNIUS, ad Inst. de oblig. quae ex delicto nascuntur.

teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum, vel etiam quod initio non jure fieret, legatum sibi adscripserit. Hoc tamen tunc verum est, quum perfectum testamentum erit. Ceterum si non signatum fuerit, magis est ut Senatusconsulto locus non sit. » In hoc casu crimen ex parte agentis omnino erat consummatum, et tamen ab omni poena ille liberatur, quia testamentum non perfectum erat. Ex his sane locis argumentari possumus ad caussam de qua nunc agimus. Alia Lege utitur Cropp, sect. I. pag. 29. scilicet L. 4. Cod. ad Leg. Jul. de adult. « Grachus quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecit, si ejus conditionis fuit, ut per Legem Juliam impune occidi potuerit, quod *legitime factum est*, *nullatenus poenam meretur.* » Sic ratiocinatur Cropp : *in eo casu dubium oriebatur an delinquens esset absolvendus*, quia nocte Grachus occisus fuerat, ideoque Numerius dubitare debebat, an adulter impune interfici posset. Hinc ea ex lege argumentatur Auctor ad probandum, eum qui aliquid liciti cum animo delinquendi agit, non esse puniendum; sed sect. I. pag. 40 debilitatem hujus argumenti ipse ingenue fatetur. His de conatu in genere disputatis quaedam adjungere liceat de Legibus quibusdam insignioribus in quibus in conatum animadvertitur.

§ XVII.

De criminibus contra Majestatem Imperii in genere.

Hic agendum est de duobus praesertim criminibus, scilicet perduellionis et laesae Majestatis in specie. Quaenam fuerit

inter utrumque differentia tempore Ante-Justinianeo, inquirere, ad nostrum argumentum non pertinet (1). Neque vero extra omnem dubitationis aleam positum est, quaenam differentia ex ipsis etiam Justiniani Legibus sistenda sit? Quidam enim eos perduelles esse dicunt, qui hostilia adversus Principem et ejus consiliarios aut Rem Publicam moliuntur, reliqua vero facta quae potius ad dignitatem et existimationem minuendam, quam ad Rem Publicam labefactandam spectant, ad crimen Majestatis in specie referuntur (2). Minus recte Treutler (3) Majestatis crimen in specie adesse dicit, quod in *Principis personam* potius quam in *Rei Publicae* eversionem dirigitur. Heineccius etiam (4), eum esse *perduellem* dicit, qui adversus Rem Publicam agit hostili animo, qui vero non est hostili animo contra Rem Publicam, sed qui aliquid vel factis vel delictis in contumeliam Summi Imperantis admiserit, eum esse *Majestatis* reum. Hanc sententiam rejecit Cropp, aliam proponens (5). *Perduellem* appellat eum qui, cum faceret aliquid quo minuitur Majestas Imperii vel Principis, hoc eo animo commiserit,

(1) Recentissime de hac re disputavit DIEK, Historische Versuche über das Criminal-Recht der Rœmer. Halle 1822. Diss. I. ubi etiam Dissertatt. Antiquiores recensentur. Cf. etiam Viri Clariss. HAUBOLD, Dissert. de legibus Majestat. Populi Romani, in opuscul. Acad. Lips. 1825. Vol. I. pag. 53.

(2) Conf. MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 2. cap. 2. n. 2, 7, 15, et in toto cap. — Conf. STRUVIUS, ad Pand. Lib. 48. tit. 4. exerc. 49. th. 19, in fine, pag. 977. Vol. III.

(3) Decision. III. 31. th. 1. Lit. D.

(4) Ad Inst. Lib. IV. tit. 18. edit. Goetting. 1806. § 1247 et 1248.

(5) Sectione II. pag. 10 et seqq.

ut Rem Publicam aut Principem laederet, sed si quis, licet tale quidquam sciens volensque egerit, de pernicie tamen Rei Publicae aut Principis molienda non cogitaverit, in crimen Majestatis eum incidere contendit. Hoc efficit potissimum ex L. ult. D. ad Legem Jul. Majestatis, ex verbis : « plane, non quisquis Legis Juliae Majest. reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus Rem Publicam vel Principem animatus (1). » Ceterum omnes Interpretes de eo consentiunt, magnum inter utrumque crimen exstare differentiam. Quaenam sit igitur in utroque crimine conatus puniendi ratio, in duobus § § distinctis examinandum est; cum vero in omnibus Majestatis Legibus hoc spectetur, ut vel a Re Publica vel ab iis quibus potestatem dedisse populus intelligitur, detrimentum aliquod vel aliqua laesio avertatur, consummatum crimen non nisi dato hoc detrimento vel effecta hac laesione dici potest, et exinde conatus natura quoque dijudicanda esse videtur.

§ XVIII.

De crimine Perduellionis.

Si cum Ulpiano perduellem dicimus hostili animo adversus Rem Publicam vel Principem animatum, per se intelligitur, ad hoc crimen pertinere facta quae contra ipsam inter-

(1) Conf. etiam WINSSINGER, de dol. et culp. pag. 133. — STEINMETZ, de crimine perduell. Groning. 1821. pag. 32. sqbs.

nam vel contra externam civitatis securitatem jure nostro, aut alias contra civitatis integritatem vel contra eum qui summa potestate fungitur, commissa dicuntur. Constat autem, omnem machinationem, sive omne factum ad Rei Publicae eversionem tendens, et eorum qui Rei Publicae praesunt et per quos ea regitur interitum, eadem severitate vindicari, ac si scelus fuisset perfectum, ex L. 10. D. ad Legem Jul. Majest. et L. 5. Cod. eodem, neque de ea re ullum dubium oriri potest. Multis igitur modis fieri potest, ut quis incidat in crimen perduellionis, licet crimen non consummaverit. Praeter exempla de quibus sermo est in Leg. 5. Cod. ad Leg. Jul. Majest. quae laudat Philipse (1), ea Lege tenetur qui in oratione alios ad seditionem, pecuniam atque honores promittendo, concitare studuerit (2), is etiam qui hostibus Rei Publicae literas miserit, signum dederit feceritque dolo malo, quo hostes adjuvarentur, porro qui contra Rem Publicam arma tulerit militesve sollicitaverit, ut tumultus excitarentur contra civitatem, is denique qui Principem aut eos qui ab ejus consiliis et secretis erant, interficere conatus fuerit (3).

(1) Cap. I. § 12. pag. 24.

(2) Conf. Cicero pro Cluentio, capite 35. — Pauli S. R. V, 22, § 1.

(3) Conf. L. 1. § 1. L. 4. D. ad Leg. Jul. Maj. Pauli S. R. V, 29, 1. Gellius, Noct. Attic. XVII. 21. — Livius, XXII, 52 et 60, 61. XXVI. 31. Sallustius, in Catilinam, cap. 52. — Cicero, Part. Oratoriae, cap. 30. Matthaeus, de criminibus, Lib. 48. tit. 2. cap. 2. n. 3. — Struvius, ad Pandect. Lib. 48. tit. 4. exercit. 49. th. 20. in notis lit. B et seqq. pag. 981-983. Vol. III. — Cropp, pag. 23 et seqq. sect. II.

§ XIX.

De crimine Majestatis in specie.

In hoc crimen incidit qui, licet nihil hostili animo contra civitatem aut Principem ab eo factum esset, aliquid tamen ad Principis vel Rei Publicae laesionem fecerit. Cum autem ejusmodi crimen non tam grave sit quam perduellio, regulae de conatu quae in perduellione valent, ad crimen laesae Majestatis in specie extendi non possunt (1). Doctrina enim de conatu in § praecedenti exposita, praecipue L. 5. Cod. ad Leg. Jul. Majestatis nititur; hanc autem pertinere ad *perduellionem*, fere omnes consentiunt, cum in ea sermo sit de seditione contra Rem Publicam conflata, sive de conjuratione contra salutem Principis aut Senatorum (2). Quare solummodo coërcendus est conatus in caussis, quibus id speciali lege cavetur; et cum nulla sit de conatu puniendo regula generalis, plurium factorum ad crimen Majestatis in specie pertinentium conatus puniri non poterunt, quod eo verius dici posse videtur, cum aliquo modo *culposa* quoque facta ad crimen illud pertineant, in quibus *per se* de conatu sermo esse nequit. Hic occurrit crimen falsae monetae, de quo sermo

(1) PHILIPSE, cap. I. § 12. pag. 25. — VOET, ad Pand. Lib 48. tit. 4. n. 12.

(2) Cf. Lex ult. D. ad Leg. Jul. Maj. VOETIUS, ad Lib. IV. tit. 4. n. 3. MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 2. cap. 2. — CROPP, sect. II. et pag. 10 et 21. PHILIPSE, pag. 24.

est in Lege 2. Cod. de falsa moneta, et quod quomodo Majestatem Principis laedere intelligeretur, jam supra diximus. Hic autem quid de illius conatu dicendum sit, paucis videamus. Nonnulli ex ipsa Lege 19. D. de falsis, a nobis jam laudata, efficiunt, conatum hujus criminis non esse puniendum (1). Sed ii in errore versantur, et mihi videtur potius ex hac dispositione conatus esse puniendus. Etenim quid requiritur ut beneficio hujus legis gaudeat delinquens? Necesse est, ut poenitentia ductus ab exsecutione recedat; unde solummodo absolvitur, si propria voluntate a proposito destiterit. Quare igitur si impedimento externo aut momentis fortuitis a consummatione prohibitus fuerit, poenis a lege sancitis afficiendus est (2). Si in omni caussa reus a poena esset liberandus, inepte sane Jureconsultus dixisset: *si totum formare noluerunt*; et praeterea Legi 19 non esse derogatum Lege 2. Cod. de falsa moneta, superius demonstravimus. Inter alias Majestatis criminis species in Lege 10. Cod. de operibus pub. haec invenitur: « si qui judices perfecto, (publicis pecuniis) operi suum nomen, sine nostri numinis mentione insculpserint, Majestati teneantur obnoxii. » Jam proponitur quaestio, an is qui sculptori mandaverit, ut nomen in aes incideret, si sculptor mandatum non exsecutus fuerit, an mandans ex capite ejusmodi conatus possit puniri? Eum puniendum esse respondet Cropp sect. II. pag. 35, sed eum

(1) Cf. MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 7. cap. 5. n. 3.

(2) CROPP, sect. II. pag. 34. — STRUVIUS, ad Pand. Lib. 48. tit. 4. exercit. 49. th. 21. pag. 992. Vol. III.

sine ratione hoc dixisse crediderim, et contrarium mihi verius esse videtur; nam in ea caussa de conatu puniendo nihil leges speciatim statuerunt, nec ulla invenitur regula generalis de conatu criminis laesae Majestatis in specie puniendo.

§ XX.

De conatu in Lege Cornelia.

In conatum hominis interficiendi eamdem poenam ex Lege Cornelia fuisse infligendam, quam in crimen consummatum, jam saepius diximus (1). Unde qui caedem alicui mandavit, etiamsi crimen non exsecutus sit mandatarius, Lege Cornelia tenetur (2). Quae poena Legis Corneliae fuerit, non nostrum est hic adcuratius examinare. Num ea deportatio an aquae et ignis interdictio fuerit, incertum est, hoc vero indubitatum esse videtur, poenam gladii non ipsa Lege Cornelia fuisse constitutam, licet in Institutionibus ea poena in sicarios posterius introducta, adscribatur Legi Corneliae (3).

(1) Cf. CICERO, pro Mil. cap. 4. — PUETTMANN, Element. Jur. Cr. § 294. — CROPP, sect. II. pag. 35 et sqbs.

(2) CROPP, sect. II. pag. 74 et 75. — HUBERUS, ad § 8. Inst. de pub. jud. et ad Lib. 48. tit. 8. n. 1. — PHILIPSE, pag. 27. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 4. cap. 1. n. 3.

(3) PIRMEZ, de marito tor. viol. vindice pag. 38 et 39. — DIO CASSIUS, hist. Lib. LVI. cap. 27.

Jam quidam (1) in conatum poenam ordinariam esse infligendam negant; hoc enim principium solummodo in vigore fuisse dicunt temporibus, quibus poena legis Corneliae erat *deportatio in insulam* sive *aquae et ignis interdictio*, sed illud esse abolitum, cum in homicidium poena mortis statuta esset. Unde ex eorum sententia consummatum crimen punitur gladio, sed conatus solummodo *deportatione* vindicatur. Ad ejusmodi propositionem probandam dicunt : Legem 1. pr. § 1 et 2. L. 3. prin. D. ad Leg. Cornel. de sic. L. 7. Cod. eod. L. 16. § 8. D. de poenis, pertinere ad tempora cum adhuc aquae et ignis interdictio, sive deportatio tamquam Legis Corneliae poena considerabatur, unde poenam mortis nunquam fuisse irrogatam in reos caedis attentatae efficiunt. Neque etiam obstare Ulpianum in Collatione Legum Mosaic. et Rom. tit. 1, § 6, ubi dicitur, eum cui *voluntas hominem occidendi fuerit*, *quamvis non interfecerit*, *ut homicidam supplicio esse puniendum*; nam id ad solos servos pertinere contendunt. Quod vero ad locum Pauli S. R. V, 23, 1, attinet : « *Lex Cornel.* poenam deportationis infligit iis qui hominem occiderint, ejusve rei caussa furtive faciendi cum telo fuerint, et qui venenum hominis caussa interficiendi habuerint, vendiderint, paraverint, falsumve testimonium dixerint, quo quis periret; quae omnia *facinora* in honestiores poena

(1) Conf. DEFERRIÈRE, ad § 5. Inst. de publ. jud. Vol. VI pag. 392. — HUBER, Diss. Jur. Philolog. Vol. II. in diss. de Leg. Jul. cap. 2. § 5.— MEISTER, Urtheile und Gutachten in peinlichen Straf-faellen, Franckfurt 1808. pag. 475. — SCHULTING, ad Pauli R. S. V, 23, 1.

capitis vindicare placuit, humiliores vero aut in crucem tolluntur aut bestiis objiciuntur; » verbum *facinora* illam sententiam defendentibus denotare videtur *crimen perfectum*. Sed illa sententia nulla prorsus fundamento nititur (1). Nam constat, temporibus antiquioribus *conatum eadem poena qua crimen perfectum fuisse punitum* (2). In locum deportationis quidem successit poena mortis, sed solummodo Legi Corneliae est derogatum in eo quod poena exasperaretur; nullibi autem legimus, in conatus poena aliquid esse remissum, quare non abrogata est censenda regula, *dolum pro facto haberi* in Lege Cornelia. Hinc omnes illi qui antea ea lege tenebantur, novo etiam genere supplicii plecti debebant post legis poenam mutatam, nisi speciali novae legis dispositione quidam exciperentur (3). Erravit igitur Meisterus dicens, poenam mortis nunquam in eos qui caedem tentaverunt, infligendam fuisse, praeterea haec propositio omnino repugnat § 5. Instit. de public. jud. ubi dicitur : « item Lex Cornel. de sicariis quae homicidas *ultore ferro persequitur* vel *eos qui hominis occidendi caussa cum telo ambulant*. » Nihil sane huic Legi objici potest, quam Meisterus, suae causae magis favens quam

(1) Conf. etiam MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 5. cap. 3. n. 10. — HUBER, opere laud. diss. de Leg. Jul. pag. 34, Franequerae 1706. — VOET, ad tit. Instit. de public. jud. n. 2.

(2) Ut ipse ait MEISTERUS. Conf. L. 7. Cod. ad Leg. Corn. de sic. L. 1. § 3. D. L. 1. princip. D. L. 7. D. eodem titulo L. 16. § 8. D. de poenis. — NOODT, probabilia, IV. 7. 1 et 4.

(3) MERLIN, sub verbo homicide § 1, edition de 1808. Vol. V. pag. 712.

veritati, praetermisit. Nec minus nostra sententia confirmatur Leg. 3. § 5. D. ad Legem Corn. de sicar. ubi dicitur : « Legis Corneliae de sicariis et veneficis poena insulae *deportatio* est, et omnium bonorum ademptio, sed *hodie* solent capite puniri nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam Legis sustineant. » Ea igitur poena quae Jure novo pro ipsa Legis Corneliae poena introducta est, pleetendi sunt quicumque in ipsa Lege nominantur, velut is *qui vulneraverit hominem ut occideret*, *et qui cum telo hominis occidendi caussa ambulaverit*, ut ex Legibus saepe jam allatis patet. Unde sequitur in attentatam caedem quoque summum supplicium fuisse statutum. Nec quis credet serio, in loco supra laudato Pauli, S. R. V. 23. 1. Jureconsultum aliud quidquam verbo *facinora* indicasse quam facta de quibus paulo ante dixerat (1). Verba denique in tit. 1. § 6. Coll. Leg. Rom. et Mos. « qui non occidit sed voluit occidere, pro homicida damnatur, » non ad solos servos pertinere, omnes intelligent, si conferatur hic locus cum aliis Legibus quas supra laudavimus (2). Dicitur quidem eodem loco : « ergo hoc exquirite, et si voluntas occidendi fuit, ut homicidam servum supplicio cum jure jubete affici. » Sed primum exinde non sequitur, § 6 unice ad servos esse referendum. Sunt enim haec verba rescripti, et cum de puniendo

(1) Vid. L. 19. Cod. ad Leg. Jul. de adult. L. 3. princ. D. de vi et vi armata. — CICERO, in Verrem I, 42. De significat. verbi *facinora* egit doctissimus HUBER, in dissert. laud. de Leg. Jul. cap. 2. § 2, opere laud. Vol. II. pag. 16 et 17.

(2) Cf. etiam Collat. eod. tit. § 1. 2. 3.

servo casus offerretur Imperatori, naturaliter servum suppli-cio esse adficiendum respondit, sed ita respondit, quia generaliter ex Lege Cornelia conatus ut consummatum crimen puniendum erat. Nostra sententia etiam probatur Pauli S. R. V. 23, 3, qui locus in ejusdem Collationis § 7. legitur, porro locus ex § 6. modo laudatus pluribus Auctoribus mendosus esse videtur, et putant quidam legendum esse : « *ut homicidam severo supplicio communi jure jubete affici* (1). Refellitur etiam sententia Meisteri Lege unica Cod. de raptu virginum, ubi ait Imperator : « raptores merito damnari ultimo supplicio, quoniam nec ab homicidii crimine immunes sunt. » Tandem evidenter confirmantur ea quae diximus Novella 35 Leonis : « si cum armis sive gladiis, aliisque nonnullis praeter gladium lethalibus raptus commissus sit, qui raptum fecit gladio punitur, utpote qui *eo quod cum armis ad id factum processerit, neque ab homicidio immunis sit.* » Claris igitur atque perspicuis probationibus infirmatur Meisteri sententia (2).

Alia quoque facta praeter ea quae jam nominavimus, in Legem Cornel. incidebant, de quibus quaedam addenda sunt. Si quis infantem occidere tentaverat, summo supplicio punie-

(1) SCHULTING, ad Coll. Leg. Rom. et Mos. tit. I. § 6 et 7, praecip. not. 28. — Cf. NOODT, prob. IV, 9. — SAMUEL PETITUS, Lib. II. Obs. cap. 6.

(2) PHILIPSE, pag. 28, in nota. — SCHULTING, ad Pauli S. R. V. 23. § 3. in Jurisprudentia Ante-Justinianea, pag. 306. — HEINECCII, Ant. Rom. Lib. IV. tit. 18. § 58.

batur (1). Eadem Lege tenebatur qui falsum testimonium dixerat, ut quis in judicio capitali condemnaretur, et qui falsa indicia confessus erat confitendave curaverat, quibus innocens circumveniretur, licet eventus intentatus non esset secutus (2). Oritur etiam quaestio an Lege Cornelia teneantur latrones propter conatum? Et teneri eos putant plerique Auctores. Qui enim cum telo ambulaverit furandi animo, Lege Cornelia punitur; unde a fortiori id dicendum est de latronibus qui in viis publicis praetereuntibus insidiantur et securitatem publicam turbant (3). Quid vero de conatu incendii statuendum sit, nunc videamus. Alii ejus criminis conatum eadem poena qua consummatum puniendum dicunt, quia crimen illud ad gravissima pertineat (4). Alii eodem principio freti rem arbitrio judicis relinquunt, ut is videat, an incendium quod delinquens spectavit, grave futurum fuisset necne; si tamen ad conatum proximum pervenerit reus, eum poena ordinaria affici volunt (5). Alii conatum proximum hujus cri-

(1) L. 8. Cod. ad Leg. Corn. de sicariis. L. 1. Cod. Theod. eodem. — Cf. GOTHOFREDUS, ad hunc locum. — PHILIPSE, cap. 1. § 13. pag. 30. — IMBERT, de crimine infant. Lovan. 1822. pag. 75 et seqq.

(2) L. 1, in principio, L. 3. § 4. D. L. 7. C. ad Leg. Corn. de sic. — PAULI, S. R. V. 23, 10. — PHILIPSE, pag. 30. — CROPP, sect. II. pag. 78, in fine et 79 initio.

(3) Cf. MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 5. cap. 1. nr. 1. cap. 3. nr. 10. L. 1. fin. D. ad Leg. Corn. de sic. — PAULI, S. R. V. 23. 1. — BOEHMER, ad Carpzov. quaest. 22. obs. 8. n. 91.

(4) DAMHOUDER, 105. nr. 31.

(5) MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 5. cap. 6. n. 3.

minis *pro delicto perfecto habendum* contendunt (1). Quidam Auctores distinguunt, an quis incendium tentaverit intra oppidum, an vero in casa et villa, et in posteriori casu levius castigandum esse delinquentem existimant. Sed in omnibus casibus ex eorum sententia conatus proximus eodem modo quo delictum perfectum punitur, etiam si solummodo materia posita juxta aedes concremata fuisset (2). Cropp vero in omni casu arbitratur, eum qui incendium excitare tentaverit, eodem modo esse coërcendum, ac si delictum fuisset perfectum, non solummodo propter rescriptum Divi Adriani in L. 14. Dig. ad Leg. Corn. de sicariis, sed etiam quia incendium ad legem Corneliam pertinere videatur (3).

Conatum incendii puniri tanquam crimen perfectum, si delinquens egerit cum animo occidendi, certum videtur; nam in eo casu incendium ad Legem Cornel. pertinet (4), et in Lege Cornel. *dolus pro facto habetur*. Nec in eo casu distinctio fieri debet inter *conatum proximum et remotum*, haec enim est arbitraria respectu conatus incendii, nec illa Lege nititur. Falsa etiam est sententia eorum qui distinguunt in-

(1) STRUVIUS, Lib. 48, tit. 8. exerc. 49. th. 67. lit. γ pag. 1093. Vol. III.

(2) ENGELBRECHT, de sicar. et venef. pag. 15. — Cf. STRUVIUS, l. l.

(3) Sect. II. pag. 85.

(4) PAULI, Sentent. R. V. 3. § ult. L. 9. L. 12. § 1. D. de incend. ruin. nauf. L. 28. § 28. D. de poen. Coll. Leg. Rom. et Mos. tit. 12. § 2, 4, 5, et seqq. L. 1. princ. L. 10. D. ad Leg. Corn. de sicar. L. 11. Cod. de his qui accus. non possunt. Egregie de incendio ex Jure Rom. disputavit Clar. WINSSINGER, Dissert. laud. pag. 44.

ter incendium grave et leve, ex eadem ratione. Si quis tamen seditione, turba, conversu incendium fecerit, tenetur Leg. Jul. de vi publica et tunc poena conatus ex principiis quae exponemus in capite de Leg. Julia de vi pub. dijudicanda est. Neque hic refellemus sententiam eorum qui incendium attentatum puniendum esse dicunt, quia ad gravissima crimina pertinet; de ea enim sententia jam superius egimus (1). Ceterum haec sufficiant de criminibus quae Lege Cornelia puniuntur.

§ XXI.

De Parricidio.

Dicere non dubitamus, parricidii conatum eadem poena afficiendum esse ex Jure Romano atque ipsam consummationem. Sic enim loquitur Lex 1. Dig. ad Leg. Pomp. de parricidiis : « et qui emit venenum ut patri daret, licet non potuerit dare, tenetur. » Ex hoc sane loco de poena in conatum infligenda nullum dubium superesse potest (2). Quidam tamen id negant (3) potissimum ex Leg. 1. D. ad Leg. Pomp. de

(1) Eam admittere videtur CROPP, sect II. pag. 83.

(2) QUINTILIANI, Declam. 17 et 281. — MATTHAEUS, de Crim. Lib. 48. tit. 6. cap. 1. n. 7. — HUBER, opere laud. in diss. de poena parricid. Vol. I. pag. 206. cap. 1. § 8.

(3) HEINECCII Ant. Rom. Lib. IV. tit. 18. § 60. — SOLORZANUS, ad Leg. Pomp. de parr. Lib. II. cap. 16, apud Ottonem Vol. V. — J. F. RAMOS,

parric. ubi Jureconsultus dicit : « Leg. Pomp. de parr. cavetur, ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem patruelem, matruelem, patruum occiderit, cujusve dolo malo id factum fuerit, ut poena ea teneatur, *quae est Legis Corneliae de sicariis*. Sed mater quae filium filiamve occiderit, ejus Legis poena teneatur, et avus qui nepotem occiderit, et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare. » Unde patet, aiunt, conatum parricidii puniri poena Leg. Corn. sive summo supplicio, illos vero qui jam illud crimen consummarunt, puniendos esse poena culei, ex Lege unica Codicis de his qui parentes vel liberos occiderunt, et Leg. 9. pr. D. ad Leg. Pomp. de parricidiis. Sed hanc objectionem facile refellemus. Legem Corneliam nempe quae de sicariis et veneficis lata erat, simul in parricidas quaestionem constituisse, et in Lege Cornelia proprium caput de *parricidio*, eoque poenam culei statutam fuisse, maxime veri simile est. Lege enim ultima Cod. Theod. ad Legem Cornel. de falso, mentio fit Legis Corn. de sicariis, veneficis et *parricidis*, quod sane indicat talem legem revera exstitisse. Confirmatur etiam haec sententia ex ipsa Ciceronis oratione pro Roscio cap. 5. ubi *judicium inter sicarios* pro *judicium inter parricidas* dicitur; sed res manifesta fit ex Leg. 2. § 32. Dig. de orig. juris, ubi dicitur Cornelius Sylla quaestiones publicas constituisse de falso, *de parricidio* et *de*

Error. Triboniani de poena parricidii, Lugd. Bat. 1752. pag. 40 et seq. — Bynkershoek, Obs. Vol. I. pag. 258. — Philipse, pag. 32 et seq. — Cropp, sect. II. pag. 90 et seq.

sicariis (1). Videtur igitur Lex quam tulit Cornel. Sylla, etiam de poena parricidarum egisse, et in eos poenam culei irrogasse, eaque poena postea quoque Lege Pompeia recepta esse. Ab hac explicatione vero dissentiunt plurimi Auctores qui existimant, eamdem Legis Cornel. de sic. poenam fuisse quam Legis Pompeiae, poenamque culei antiquitus usitatam, neque vero *lege sed moribus introductam* (2), vel Lege Cornelia vel Pompeia fuisse abrogatam, et solummodo revocatam esse Lege unica Cod. de his qui parentes vel liberos occiderunt (3). Sed haec sententia mihi falsa videtur; etenim post Legem Corneliam culeo punitos esse parricidas etiam ex Auctoribus discimus (4). Praecipue ea res manifesta est ex epistola Ciceronis ad Quintum fratrem, quae epistola scripta est quinquennio ante Legem Pompeiam de parricidiis. Neque Lege

(1) Sententiam nostram defendit doctissimus PIRMEZ, pag. 38 et 39, Dissert. laud.

(2) CUJACIUS, apud SCHULTING, l. l. pag. 512 et 513. Idem CUJACIUS, ad PAULI S. R. V. 24, et ad Leg. unicam Cod. de his qui liberos vel parentes occiderunt. — RAMOS, l. l. Lib. IV. pag. 106, 111, 113, 152, 156 et 166.

(3) Hanc sententiam admisit CRÖPP, pag. 94 et 95, aliique multi idem sentiunt. — Conf. GOTHOFREDUS, ad Leg. unic. Cod. Theod. de parr. et VINNIUS, ad § 6. Inst. de pub. judiciis, qui poenam culei post Legem Corn. de sic. jam venisse in desuetudinem opinantur.

(4) I. 2. Conf. CICERO, pro Rosc. Am. Cap. 25, et constat, CICERONEM hanc habuisse orationem post Legem Corneliam latam ex Libro II. de officiis, GELLIO, N. A. XV, 28. PLUTARCHO, in vita CICERONIS. — Cf. etiam QUINTILIANI Inst. Orator. Lib. XI. cap. 6. AUCTOR AD HERENNIUM, I. 13. — VALERIUS MAXIMUS, Lib. I. cap. 1.

Pompeia posterius lata poena culei abrogata est, ut quidam false credunt, sed multo potius in vigore conservabatur. De ea enim poena loquuntur Auctores qui post illam Legem vixerunt (1). Praeterea nostra sententia confirmatur Pauli Sentent. R. V. 24, ubi de parricidis dicitur : « hi *etsi antea* insuti culeo in mare praecipitabantur, hodie tamen vivi comburuntur. » Sane verbum *antea* respicit ad Legem, et *hodie* ad ejus temporis usum pertinet. Statuimus igitur, parricidium etiam Lege Cornelia de sic. venef. et parricid. memoratum, et in proprio capite ejus Legis poenam culei irrogatam, eamdemque poenam Lege Pomp. statutam fuisse. Ceterum haec Lex parricidii poenam tantum ad alios quosdam cognationis gradus protulisse, sive ad aliquas personas quae parricidae non erant ex Legibus antiquioribus, extendisse videtur. Nec etiam obstat quod Jureconsultus ait in Lege 9. princ. Dig. ad Leg. Pomp. de parricidiis, poenam culei *more majorum fuisse institutam*, nam id aliquando dicitur de eo quod veteribus Legibus sancitum est, ut jam alii monuerunt. Praeterea poena culei poterat *moribus* esse introducta et *legibus* confirmata, velut hodie adhuc multa apud Anglos *juris communis sive non scripti* esse dicuntur, confirmata Legibus, quas propterea

(1) SENECA pater, Lib. III, controv. cap. 16. — SENECA filius, Libro I. Clement cap. 15 et 23. — OVIDIUS, Metam. Lib. VIII, fabula 1. — SUETONIUS, in Vita Augusti cap. 33. — JUVENAL, satyr. 8. vers. 214 et satyr. 13. vers. 153. — Conf. ad opus JCti RAMOS, de hoc argumento, H. CANNEGIETER, Obs. Juris Lib. III. cap. 11-17. pag. 293-325. — Cf. etiam IMBERT, de crim. infant. pag. 75, in notis. Contra MEISTER, opere laud. § 12-20. pag. 477-493. — Videatur denique SIGONIUS, de judiciis Lib. II. caput. 31.

statutes declaratory of the common Law vocant. Unde immerito Tribonianum quidam erroris arguebant, propter § 6. Instit. de pub. jud. in quo dicitur Lege Pompeia culei poenam fuisse irrogatam (1)

Hisce probatis principiis non difficile erit sensum Legis 1. in fine D. de Leg. Pomp. eruere; nam in ea Marcianus dicens, parricidam poena Legis Corneliae esse afficiendum, loquitur de *poena Legis Corneliae de parricidiis*, sive de *capite Legis Corneliae quo in parricidas animadvertebatur*. Nec igitur opus est emendatione Noodtii (2) legentis : *Legis Pomp. de parricidiis* (3); nec ex lege illa potest concludi, conatum leviori poena quam perfectum crimen puniri, cum Lex Cornelia de sic. quoque in parricidas constituisset poenam culei, et hanc poenam JCtus intelligat in laud. Lege prima. Contrariam tamen sententiam defendit Meister (4), et hisce utitur argumentis. I. Contendit, apud Romanos in eos qui vitae alterius insidias struxerant, nunquam mortis poenam fuisse irrogatam (de qua sententia jam superius egimus), unde argumentatur ad parricidii conatum, de quo poena capitis puniendo cum nulla Lex specialis inveniatur, nec tali poena illum fuisse affectum dicit. II. Verum est quidem, ait, in Lege 1. D. ad

(1) Deferrière, ad Instit. § 6, de pub. jud. Vol. VI. pag. 404. — Cf. Ramos, in Triboniano pag. 106 et seq.
(2) Probabilia, I. cap. 11.
(3) Philipse, pag. 33. — Matthaeus, Lib. 48. tit. 6. cap. 2. n. 2 et Westenbergius, ad Lib. 48. tit. 9. § 1.
(4) L. l. pag. 425-434.

Legem Pomp. de parric. puniri conatum eodem modo ac delictum perfectum; sed ibi Jureconsultus respicit ad Legem Corneliam de sicariis, atque ad aquae et ignis interdictionem. Cum vero illud jus nec Lege unica Cod. de his qui parentes vel liberos occiderunt, nec Lege 9. princ. § 1. Dig. ad Legem Pomp. de parric. abrogatum sit (eas enim ad solum crimen perfectum pertinere), jus antiquum adhuc in conatu observandum esse putat. III. Ex Ciceronis loco, pro Cluentio cap. 62. sequi, Statium Albium Oppianicum, qui Cluentium privignum de medio tollere conatus fuerat, *exilio*, non *capite* punitum, nec aliam poenam injunctam esse filio cuidam qui parricidii exsecutionem inchoaverat, teste Seneca, de Clement. Lib. V, cap. 15, et ex Valerio Maximo, Lib. V, cap. 9. § 3 et 4, sequi, filium qui parricidium tentaverat, nullam poenam subiisse, et patris hereditatem accepisse. IV. Tandem ex Novella 115 cap. 3. § 5. et cap. 4. § 2. videri, liberos qui parentes de medio tollere tentassent, vel parentes qui liberorum vitae insidias struxissent, posse juste exheredari, nec verisimile esse, in idem delictum et capitis et exheredationis poenam fuisse sancitam.

Haec argumenta Viri Clarissimi vero non infirmant nostram sententiam; sic enim solvi possunt ejus objectiones. Ad primam objectionem monendum est, a nobis jam superius demonstratum esse, in crimine Legis Corneliae de sicariis *dolum pro facto esse habitum* etiam eo tempore, cum poena gladii introducta esset. Nec ullius videtur esse momenti quod secundo loco objicit Auctor, scilicet in Leg. 1. D. ad Leg. Pomp. *conatum parricidii* puniri poena *Legis Corneliae*; quo-

18*

modo enim hoc intelligendum sit, uberius jam exposuimus. Porro nobis videtur falsum, tempore Marciani, cujus est L. 1. Dig. laudata, *aquae et ignis interdictionem* his qui in Legem Corneliam inciderent, fuisse statutam. Manifeste enim contrarium probatur ex Leg. 3. § ult. ad Leg. Cornel. de sic. quae est ejusdem Marciani : « Legis Corneliae de sic. et veneficis poena insulae deportatio est et omnium bonorum ademptio, sed *hodie solent capite puniri*, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam Legis sustineant, humiliores enim solent *bestiis objici*, *altiores vero deportantur in insulam.* » Non vero assentior Croppio, Meisteri sententiam impugnanti pag. 94 et 95, quatenus dicit, Lege Cornelia de sicariis nullum fuisse discrimen inter poenam parricidarum et sicariorum, et poenam culei in Lege Pompeia fuisse abrogatam. Porro etiam si concederemus, ex Leg. Pomp. parricidium tentatum puniendum fuisse ut consummatum, aquae et ignis interdictione; nihilominus, poena parricidii postea exasperata, ejus tentamen quoque poenae criminis consummati subjectum esse, dicendum foret. Quum enim quod ipse Meister fatetur p. 425 et 434, jure veteri conatus parricidii aequiparâretur ejus executioni, etiam in Lege unica Cod. supra laudata is qui parricidium committere tentavit, legis hujus verbis atque sententia contineri dicendus est. Si enim hac constitutione Constantini Legis Pompeiae poena aucta est, nihil ea mutatum esse censendum est circa conatum, qui antea in Legem Pompeiam incidebat eodem modo ac delictum perfectum. Id etiam confirmatur ipsis verbis ejusdem constitutionis : « *qui fata properaverit, sive clam sive palam id enisus fuerit.* » Eodem

argumento jam supra usi sumus circa asperatam poenam Legis Corneliae de sicariis, quare in omni casu falsa est sententia Meisteri negantis, parricidium attentatum poena capitis posse vindicari. Praeterea annon foret absurdum, *homicidii* poenam ordinariam infligi eis qui solum conatum commisissent, eum vero qui *parricidium* tentasset, non eadem severitate atque eum qui delictum perfecit, coërceri (1)? Quoad tertiam objectionem, locus Ciceronis pro Cluentio nihil probat; nam Lex Pompeia, quae statuit poenam parricidii in eum qui privignum occiderat, lata est circa annum 699 Urbis Cond. (2), oratio vero a Cicerone habita est anno 687 (3), et forsitan caedes privigni ex Lege Cornelia, lata anno 673, non puniebatur tanquam parricidium, quod eo probabilus est, cum, ut diximus, Lex Pompeia ad alias personas poenam parricidii extenderet. Neque etiam obstat Seneca de Clem. I. 15; filium quidem in parricidio deprehensum exilio fuisse mulctatum, ibi dicitur, sed simul additur, in hoc casu neglectam esse regulam generalem, cum filius ex strictis juris principiis culei poena afficiendus fuisset (4). Neque adversatur Valerius Maximus, Lib. V. cap. 9. § 3. et 4. Nam verisimiliter in hoc casu nemo accusationem

(1) Conf. CROPP, sect. II. pag. 95. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 6. cap. 1. n. 7.

(2) BACHIUS, Histor. Jur. § 86. § 72.

(3) FABRICIUS, in argum. oration. Ciceronis pro Cluentio.

(4) Cf. JUSTUS LIPSIUS, ad Senec. de Clem. I, 15. not. 187 — et SENECA eod. oper. I. 23.

instituit de tali crimine, et in ejusmodi casu, de quo quaedam mox addemus, evenire poterat, ut ab omni poena liberaretur filius, praesertim si pater ipsi ignosceret; unde ex hoc exemplo minime sequitur, nullam poenam subiisse parricidam quia nulla in eum jure poena erat constituta; nam Meisterus ipse conatum parricidii non ab omni poena jure fuisse liberandum, fatetur. Sed omnino rejicienda nobis videtur ratio qua haec argumenta Meisteri refellit Cropp, sect. II. pag. 95 in fine, ubi dicit Auctor Doctissimus, non mirum esse in variis exemplis quae retulimus, conatum parricidii mitius punitum fuisse, tempore enim quo haec facta evenerunt, ex Lege Cornelia culei poenam in desuetudinem venisse. Falsum enim hoc esse jam probavimus. Tandem ad quartam objectionem Meisteri monendum est, apud Romanos in vigore fuisse modum procedendi qui accusatorius dicitur; neque quis ad judicium criminale trahi poterat, nisi adesset accusator. Fieri igitur poterat, ut nemo de attentato parricidio accusationem institueret, et tunc delinquens non poena publica afficiebatur, sed nihilominus parricidii conatum justam esse caussam exheredationis, Justinianus voluit. Quare in his dispositionibus quae capitis poenam et simul exheredationem in conatum parricidii statuunt, ne minima quidem repugnantia inveniri potest.

Certum est igitur, in parricidio conatum eodem modo ac ipsum delictum perfectum puniri Jure Justinianeo ut Jure Veteri. Quinam vero in genere ex capite parricidii poena culei affici potuerint, est quaestio a nostro argumento aliena,

ejus autem quaestionis solutio sumenda est ex L. 1. D. ad Leg. Pomp. L. 9 D. eod. L. un. C. de his qui parentes vel liber. occider. et § 6. I. de publ. judiciis. De quatuor horum fragmentorum interpretatione multum dissentiunt Auctores. Quidam enim contendunt, caedem omnium de quibus in Lege 1. Digest. ad Leg. Pomp. de parricidiis agitur, culei poena vindicari; eos enim omnes esse ejus affectionis qui parentum nomine contineantur (1). Alii vero ab hac sententia discedunt, et arbitrantur, solummodo eos qui patrem vel matrem, avium aut aviam occiderint, poena culei puniri, caedem vero aliarum personarum de quibus in Leg. 1. Digest. de Leg. Pompeia de parric. sermo est, solummodo puniri poena Legis Corneliae de sicariis (2). Heineccius (3) et Sigonius (4) quoque de ea re propriam sententiam proposuerunt. Quidquid vero sit in his variis sententiis veri; hoc saltem contendendum esse puto, eos omnes qui ob perfectum parricidium poena culei adfici possunt ex Jure Romano, item ob tentatum quoque in eam poenam incidere, et si nonnulli ex personis Leg. 1. D. ad Leg. Pomp. nominatis ex mente L. un. C. propter perfectum parricidium mitius sunt puniendi, poena ea mitiori quoque iidem propter conatum sunt coërcendi. Dubia

(1) Cf. ISIDORUS, Orig. V. cap. 26, HOTOMANNUS, ad § 6. I. de publ. judiciis, aliique.

(2) Cf. PAULUS MANUTIUS, de Leg. Rom. in cap. de parric. Legib. — GOTHOFREDUS, ad Leg. unicam C. Theod. de parricid. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 6. cap. 2. nr. 7 et 8.

(3) Ant. Rom. Lib. 4. tit. 18. § 60.

(4) De judiciis II. 31.

tamen moveri possunt in casibus singulis, num in conatum poena ea possit irrogari, quae in perfectum crimen statuta reperitur. In Lege 1. Digest. ad Leg. Pomp. de parric. dicitur: « qui venenum emerit, ut PATRI daret, tenetur ea lege. » Tantum PATRIS fit igitur mentio, unde ex quorumdam Auctorum sententia poena solummodo infligitur, si quis ita *patrem* necare tentaverit, sed cessat in caede aliarum personarum (1). Sed in errore versari mihi videntur. Licet enim in ea lege *patris* tantum mentio facta est, sub hoc vocabulo tamen in jure saepius etiam *avus* et *proavus* comprehenduntur (2), et *pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur*, adeoque *parentis* adpellatione saepe etiam *avus*, *avia* et *mater* intelligitur (3); ita ut saltem ex ea Lege videatur poena perfecti maleficii puniendus esse conatus remotus caedis omnium earum personarum, quarum occisio sola poena culei adficienda est ex quorumdam Auctorum sententia. Sed etiam si ad caedem fratris vel sororis emtum fuerit venenum, propterea emtorem eadem poena afficiendum esse crediderim, qua criminis perfecti auctor adficiendus est, licet fortasse ea poena non sit poena culei Jure Justinianeo. Nam Lex Pompeia saltem voluit, ut qui patrem, matrem, fratrem, sororem e. q. s. r. interfecissent,

(1) PHILIPPE, pag. 34. — MATTHAEUS, de Crim. Lib. 48. tit. 18. n. 3.

(2) L. 201. Dig. de verb. sig. — BYNKERSHOEK, Lib. V. cap. 5. pag. 23. Vol. II. arg. L. 40. 101. § 3, 106, 122, 152, 163, de verborum sign.— BRISSONIUS, sub verbo *parens*.

(3) L. 195. D. de V. S. L. 51. D. eod.

eadem poena afficerentur, nulla igitur ratio cogitari potest, cur non idem foret in conatu puniendo. Quare, licet lex *expresse* solummodo conatum caedis *patris* poena culei affecit, conatus tamen homicidii aliarum quoque personarum quarum caedes *parricidium* adpellatur, non verbis quidem sententia tamen legis continetur. Hanc autem interpretationem justam esse probat Lex 3. Digest. ad Leg. Pompeiam de parricidiis (1). *Patris* tantum exemplo usus est Jureconsultus *demonstrationis caussa*, non vero ad *legem restringendam* aut *limitandam*. Etiamsi denique posteriori Jure poena culei ad solam caedem patris, avi, matris et aviae restricta esse dici posset, hinc non sequeretur, poena caedis reliquarum personarum in Lege Pompeia nominatarum mitigata, simul abrogatam esse aliud praeceptum Legis Pompeiae, ex quo qui venenum emerat ad occidendum, ut occisor tenebatur. Quare etiam ille ex novo jure ita plectendus est, ut is qui caedem consummavit. Qua ratione tamen ejus qui *occidit*, poena novo jure in quibusdam casibus est mitigata, eadem ratione *conatus* poena quoque in iisdem casibus mitigata censenda est.

§ XXII.

De suicidio.

Suicidium Ethicis praeceptis (2) atque ipsismet societatis

(1) MATTHAEUS, de Crim. Lib. 48. tit. 18. n. 4.
(2) ARISTOTELES, Ethic. Lib. III. cap. 7, in fin.

civilis juribus adversari non inficiandum esse videtur. Romani distinguebant, num suicidium ob vitae taedium, aut propter pudorem, aut ex dementia forsitan, aut tandem ex imminentis accusationis sive poenae metu commissum esset; ceterum illud subinde non tanquam factum inhonestum, sed potius tanquam gloriosum considerabant (1), quae opinio ex Stoicorum sententia potissimum orta esse videtur, in quorum Philosophia continebatur ejusmodi placitum (2). Quare qui *taedio vitae* vel *pudore* vel *impatientia doloris* commotus vel *jactationis* causa sibimet ipsi mortem intulerat, nulli poenae subjiciebatur. Contra hi qui ad *se liberandum ab accusatione delicti poena mortis aut deportatione plectendi*, sibi vitam ademerant, non erant impunes, bona enim eorum publicabantur (3). Quaeri tamen potest, utrum revera haec poena *propter suicidii maleficium* fuerit illata, an *propter alius culpae praesumtionem ex suicidio repetendam*. Nam locum habuisse videtur ea poena tunc tantum, si eadem ex crimine

(1) PLINIUS, I. Epist. 12 et 22. III. 7 et 16 et VI. 14 — SENECA, Consol. ad Marciam, cap. 20, de Ira, Lib. III. cap. 15, de Providentia Divina cap. 2, in med. et cap. ult.

(2) CUJACIUS, Observationes, XXVI, 40. — VOETIUS, in tit. Dig. ad Leg. Aquiliam n. 11 et ad Lib. 48. tit. 21. n. 1.

(3) L. 3. § 1 - 4. Dig. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt. L. 45. § 2. D. de jure fisci. L. 1. § 23. D. de Senatuscons. Silaniano. L. 6. § 7. D. de injusto, rupto testamento. L. 1 et 2. Cod. de bonis eorum qui mortem sibi consciv. L. 11. § 3. D. de his qui not. inf. Lex 2. Cod. de his qui testament. facere possunt L. 28. § 1. D. de bonis libert. L. 32. § 7. D. de donation. inter virum et uxorem.

erat irroganda, in cujus reatu reus decessit, ex L. 3. § 2. D. de bonis eorum q. a. s. adeoque ut ex ejusdem L. § ult. patet, heredes poterant mortui innocentiam probantes ejus poenae executionem impedire.

Quid vero de conatu hujus criminis dicendum est? Miles qui *voluit* se occidere, puniebatur ex capite ipsius conatus, quia scilicet in eo major animi fortitudo requirebatur, quam in non militante, et praeterea quoniam voluit morte voluntaria legibus militiae se subducere, sicque contra sacramenti fidem peccavit. Porro miles vitam pro principe tradidisse intelligebatur, jus igitur Principis laesisse, cum id quod ei obligavit, *extra hanc causam* voluit perdere. Varia tamen erat poena pro variis casibus constituta. Si enim impatientia *doloris* aut *morbi* luctusve alicujus miles sibi mortem dederit, cum ignominia mittebatur; si vero sine tali causa illud factum perpetrare voluisset, capite plectebatur (1). Quod igitur dicit Cropp, sect. II. pag. 99, militem solummodo ignomia esse plectendum, debet intelligi de casu quo sibi mortem inferre voluerit taedio vitae aut alia simili caussa. Tamen si miles sibi mortem comparaverit doloris impatientia vel taedio vitae, valebit ejus testamentum; secus vero, si ex conscientia sceleris fecerit (2). Nunc videndum est de conatu

(1) Haec distinctio expresse proponitur in Leg. 38. § 12. D. de poenis, L. 6. § 7 et L. 13. § 3. Dig. de re militari. — BYNKERSHOEK, Lib. IV. cap. 4. Vol. I. pag. 347. — GOTHOFREDUS, ad Leg. 18. D. de poenis.

(2) L. 6. § 7. D. de injust. irrit. facto testam. L. 34. princ. D. de testam. militis. — BYNKERSHOEK, Vol. I. pag. 347.

suicidii ab aliis personis commisso. Ii vero qui sive dolore sive pudore sive taedio vitae mortem sibi afferre tentaverant, nulla poena affici poterant (1). Sunt tamen qui in eo casu poenam levissimam applicandam esse censent (2). Sed nostra sententia probatur omnino L. 3. § 5. D. de bonis eorum qui ante sententiam, in qua dicitur, eum qui *ex taedio vitae voluit sibi vitam adimere, omnino esse absolvendum.* Eum qui in crimine constitutus vel metu accusationis mortem sibi inferre voluit, non tamen rem perpetravit (3), puniendum esse *poena qua, si crimen probatum fuisset, plectendus esset*, plurimi contendunt ex L. 3. § 6. D. de bonis eorum qui ante sententiam, ubi dicitur : « sic autem hoc distinguitur, interesse, qua ex caussa quis sibi mortem conscivit : sicuti cum quaeritur, an is qui manus sibi intulit et non perpetravit, debeat puniri, *quasi de se sententiam tulit*? nam omnino puniendus est, nisi taedio vitae vel impatientia doloris coactus est hoc facere, et merito, si sine caussa sibi manus intulit, puniendus est» (4). Ex verbis *quasi de se sententiam tulit* argumentantur illius sententiae defensores. Alii poenam quidem applicandam esse consentiunt, sed eum qui se occidere voluit metu accusationis, summo supplicio puniendum esse volunt (5). Alii tandem

(1) Cropp, pag. 99. sect. II. — Voetius, ad pand. Lib. 48. tit. 21. n. 1.

(2) Matthaeus, de Crim. Lib. 48. tit. 5. cap. 1. n. 9. — Struvius, ad Pand. Lib. 48. tit. 21. th. 108. litt. A.

(3) Gothofredus, ad Leg. 3. § 6. D. de bonis eorum qui ante sententiam. — Matthaeus, l. l.

(4) Conf. Bynkershoek, Lib. IV. cap. 4. pag. 346.

(5) Gothofredus, ad Leg. 3. § 6. Dig. de bonis eorum qui ante sentent. — Cujacius, ad Leg. 6. § 7. D. de inj. rupt. irrit. fact. testam. — Matthaeus, Lib. 48. tit. 5. cap. 1. n. 9.

poenam leviorem esse infligendam ex arbitrio judicis, eodem modo quo puniretur is qui alterum verberaret, putant (1). Videtur denique quarta sententia defendi posse, praecipue si § 6. Legis laud. cum pr. § 1, 5 et 8. conferimus, eum scilicet qui tentavit suicidium, in eo casu puniendum esse, ac si illud perfecisset, scilicet *bonorum publicatione*, vel potius eum puniendum esse poena criminis cujus erat reus, *nisi innocentiam probasset.*—Quid vero dicendum sit, si quis sine causa suicidium committere voluerit, de ea re admodum Interpretes dissentiunt. Alii enim eum puniendum esse dicunt, propter Legem 3. § 6. Dig. de bonis eorum qui ante sententiam, ubi dicitur: « et merito si sine causa sibi mortem intulit, puniendus est, qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parcet, » argumento etiam L. 23. § 3. Dig. de Aedilitio Edicto (2). Ab ea vero sententia discedit Bynkershoek (3), qui conatum suicidii sine caussa non posse puniri dicit, quia in omnibus ejusmodi casibus suicidii adesse dici potest caussa, propter quam Romani illud ab omni poena absolvebant, scilicet *jactationis* (4) caussa, ex more quorumdam Philosophorum. Hanc sententiam quoque defendunt Huberus (5) et alii. Nec obstat L. 3. § 6. D.

(1) STRUVIUS, ad Pandect. Lib. 48. tit. 21. th. 108, in nota A.

(2) DAMHOUDER, cap. 90. n. 14. — Cf. CROPP, sect. II. pag. 101.

(3) L. l. Vol. I. pag. 346 et 350.

(4) LACTANTIUS, Div. Inst. III. 18 et 16. — SENECA, Epist. 24. 71, et de Vita Beat. cap. 19. — GELLIUS, XII. cap. 5. — DIOGENES LAERTIUS, IV. 65.

(5) Digression. Part. II. Lib. I. cap. 3. n. 6, in Eunomia ad Leg. 15. D. et ad Leg. 9. § 7, peculatus, pag. 569. — PUETTMANN, Elem. jur. Crim.

de bonis eorum q. a. s. Nam agitur ibidem de eo qui in *reatu* est, et verba *sine caussa* nihil aliud indicant, quam *sine caussa modo dicta* i. e. *sine vitae taedio vel impatientia doloris*, quae caussa ipso suicidio *accusati* patratro bonorum publicationem poterat inhibere, arg. § 5 ejusdem Legis. JCtus igitur in § 6. vult dicere, sine tali caussa sui caede ab accusato admissa bona ejus publicanda esse, quia tunc ille mortem sibi *metu poenae* adscivisse intelligendus sit (1). Proprie itaque praeter milites nemo suicidii vel conatus suicidii tanquam proprii maleficii poenam sustinere debuisse videtur, et male intellectos esse locos Juris Romani hanc rem spectantes, cum Reddingio contendo (2).

§ XXIII.

De Lege Julia de vi publica.

Distinguebatur apud Romanos saltem a temporibus Augusti inter vim publicam et vim privatam, et adhuc in Pandectis duo tituli propositi sunt ad Legem Juliam de vi publica et ad Legem Juliam de vi privata, quae utraque

§ 381. — Andreae, disp. de αὐτοχειρία, Groning. 1807. pag. 51. — Benthem Reddingius, de vi atque effect. mort. et dement. cum in reorum damnationem tum in damnatorum poenam, Groning 1823. pag. 75 et seq.

(1) Cf. adhuc L. 45. § 2. D. de Jure Fisci, Pauli S. R. V, 21, 1.

(2) Diss. laud. pag. 95 et sqbs. — L. 23. § 3. D. de Aedil. Edicto, ad Jus Criminale non magis pertinet, quam ille locus ex quo a nonnullis, ut supra diximus, contenditur, furti conatum puniri.

Lex vero in Codice Theodosiano et in Codice Justinianeo non nisi unum titulum habet. Ex sententia Cujacii vero ab initio vis *publica* dicebatur ea, quam contra jus fasque inferebat persona publica, quae cum imperio et potestate erat, *privata* vero si ab homine privato fiebat (1). Alii magis Justiniani auctoritate nitentes, serioribus temporibus saltem vim *publicam* eam quae facta est armis, *privatam* vero eam quae sine armis facta est, fuisse dicunt (2). Quae autem vera fuerit inter utramque Legèm differentia, vix amplius definiri posse videtur (3); neque tamen ipse Justinianus eam differentiam omnino sustùlit, quare et nos prius de vi publica, tum de vi privata dicemus, praecipue ex factis quae in Juris fontibus indubitate vel huic vel illi Legi tribuuntur. Primo loco vero videndum est, quid juris sit de conatu criminis Lege Julia de vi publica puniendi, et etiam hic debemus ex proposito nostro sub crimine consummato aliquam laesionem factam intelligere, ut quatenus puniatur conatus, exinde fiat conspicuum.

Tenentur vero ex Lege Julia de vi publica (4), qui arma

(1) Arg. PAULI, S. R. V. 26. — Cf. MATTHAEUS, de Crim. Lib. 48. tit. 4. cap. 1. n. 2. — HUBERUS, Lib. 48. tit. 8. n. 1.

(2) L. 10. Dig. de vi pub. § 8. Inst. de pub. jud. — STRYK, ad Pand. Lib. 48. tit. 6. exerc. 49. th. 45. lit. A. et seq. et Lib. 48. tit. 7. exerc. 49. th. 48. — DEFERRIÈRE, Lib. 48. tit. 6 et 7. pag. 292. — WESTENBERG, Lib. 48. tit. 6. § 2.

(3) Cf. ROSSHIRT, Lehrbuch des Crim. Rechts, Heidelb. 1821. pag. 278.

(4) PEREZIUS, ad § 8. Instit. de pub. jud. pag. 541.

telave domi suae agrove in villa coëgerint, porro qui turba seditionisve caussa faciendae servos ac liberos homines in armis habuerint, qui villas expugnaverint, et cum telis et armis bona rapuerint, qui ex incendio rapuerint aliquid praeter materiam (1). In plerisque igitur casibus ejus Legis poena adficiuntur facta quae non nisi laesionis alicujus conatus sunt, et laesio ipsa quam Legis illius lator avertere voluisse videtur, saepius etiam ex aliis Legibus vindicare potest. Cum tamen facta quoque plura in ea Lege nominata sint, quae per se laesiones dici possunt, quaeri inprimis debet, num eorum factorum conatus itidem in Legem Juliam incidant? V. g. oritur quaestio, an Legis 3. § 6 et 2. et Legis 11. princ. Dig. ad Leg. Juliam de vi publica, quibus puniuntur ii qui domos aut villas expugnaverint, intelligenda sint de oppugnatoribus, id est *non secuta effractione*, et an illi quoque Lege Julia de vi publica puniri possint? Plerique Auctores eos puniendos esse contendunt (2). Ceterum non videtur probanda Croppii sententia, sect. II. pag. 52. exposita, in omnibus vis publicae speciebus conatum eodem modo quo delictum consummatum esse puniendum, licet de his puniendis nihil expresse in Legibus cautum sit. In hac enim Lege

(1) Lex 1. L. 3. princ. § 1 et 2. L. 10. § 1. D. ad Leg. Jul. de vi pub. De reliquis vis pub. speciebus, conf. MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 4. cap. 1. n. 3. et CROPP, sect. II. pag. 51 et 52.

(2) TREUTLERUS, Vol. II. disp. 32. th. 4. lit. C. — TULDENUS, ad Instit. de pub. jud. cap. 4. — MATTHAEUS, de crimin. 48. tit. 4. cap. 1. n. 5. — STRUVIUS, ad Lib. 48. tit. 6. exerc. 49. th. 45, in med. Vol. III. pag. 1043. lit. J. — Dissentit tamen WESENBECIUS, ad L. Jul. de vi pub. n. 3.

nulla regula generalis occurrit; quare de poena infligenda non potest esse sermo, nisi speciali Lege in aliquod factum poena statuta sit. Praeterea si vera esset Croppii sententia, ille etiam qui arma *cogere conatus esset*, propterea jam in eam Legem incidere deberet; nam cum de illo qui *coëgerit arma*, ipsa Lege cavetur expressis verbis, jam coactis solummodo armis, nec aliqua cum armis laesione facta, crimen Legis Juliae in sensu legali consummatum aliquo modo dici potest. Alia quaestio magni momenti haec est: cum sine dubio crimen raptus virginum et viduarum in hanc Legem incidat ex L. 5. § 2. D. ad Leg. Jul. de vi pub. L. un. C. de raptu virginum et § 7. Instit. de pub. judiciis, num puniendus sit ex eadem Lege is qui solummodo insidias struxerit, quaeritur. Quidam Auctores raptum attentatum in omni casu poena afficiendum esse dicunt (1); hoc tamen dubium est, nam in nulla lege ejusmodi principium sancitur. Ex Lege 5. Cod. de episcopis et clericis videtur quidem tentatus raptus esse puniendus, qua de re uberius egimus § X. Sed haec lex solummodo pertinet ad raptum sanctimonialium virginum, neque vero ad alias virgines; nec de alio casu ad hunc casum argumentari possumus, cum qui sacras virgines rapit, durius punitur a legibus, ut patet ex lege unica Codicis de raptu virginum et L. 54 Cod. de episcop. et clericis, in qua dicitur: raptus sanctimonialium virginum non solum ad injuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis *Dei irreverentiam* committitur. »

(1) Damhouderus, cap. 97. n. 15. — Philipse, pag. 38. — Cropp, pag. 131, 132. sect. II.

Dici etiam solet, raptum nihil aliud esse videri, nisi violentam abductionem, et inter *raptum* et *rapinam* nihil aliud interesse, quam quod raptus ad personas, rapina vero ad res referatur (1). Et quemadmodum actione de vi bonorum raptorum non tenetur nisi is qui violenter res eripuerit et abstulerit (2), ita etiam nec raptum accusari posse, nisi quis personam violenter abduxerit (3). Sed observandum est, *raptus* crimen *publicum* esse, *rapinae* vero actionem *privatam*, et licet exinde pro conatu regula *perpetua* constitui nequeat, *saepius* tamen circa conatum longe alia praecepta in judicio privato atque in judicio publico servata sunt, ut patet tum ex aliis locis tum ex Legis Aquiliae et Legis Corneliae comparatione. Optimum vero argumentum proponi potest ad defendendum, conatum raptus in genere puniri. Imperator nempe in Lege unica Cod. de raptu virginum ait: nec ab *homicidii* crimine esse *vacuos raptores*, et cum in Lege Cornel. *dolus pro facto habetur*, exinde forsitan dici potest, conatum raptus crimini consummato aequiparari. Nullius vero est momenti ratio quam allegat Philipse pag. 38, *dolum pro facto haberi* in Lege Julia de vi publica, hoc enim ex nulla lege constat. Sunt Auctores qui non solummodo raptum ad ordi-

(1) VALLENSIS, ad Lib. V. tit. 17. X. § 3. nr. 1.

(2) L. 2. L. 21. § 7. L. 52. § 19. D. de furtis. — PAULI S. R. II. 31. § 5. — CROPP, sect. I. pag. 68 et 69.

(3) MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 4. cap. 2. n. 6. Lib. 48. tit. 3. cap. 2. n. 10. — STRUVIUS, ad Lib. 48. tit. 5. exerc. 49. th. 41 in notis pag. 1033. 1034. Vol. III. — VOETIUS, ad Pand. Lib. 48. tit. 6. n. 6.

nariam poenam irrogandam necessariam esse dicunt, sed insuper requirunt, ut *raptor raptam vitiaverit* (1). Sed haec sententia nullo modo admittenda est; ceterum tota quaestio magis est ab argumento nostro aliena (2).

In Legem Juliam de vi publica etiam stuprum violentum incidit. An vero poena criminis consummati irroganda sit in conatum, de ea re non consentiunt Interpretes. Nonnulli stuprum violentum eadem poena qua raptum ex Lege unica Cod. de raptu virginum et L. 5. C. de episcop. et clericis puniendum esse opinantur (3), nam *stuprum violentum* esse *raptum* volunt. Sed haec opinio non omnino mihi vera videtur, nam licet virgini stupro subactae erepta sit virginitas, tamen exinde probari nequit, illud crimen sub voce *raptus* a Justiniano fuisse indicatum, in eo sensu enim in omnibus fere criminibus *raptus* adesset, cum personae delicto laesae semper aliquid eripitur. Porro ex Constitutione 35 Leonis, ex verbis : « qui per *raptum* et *vim ingenuam virginem stupravit morti addicatur*, » videtur aliud *stuprum violentum*, aliud esse *raptum*, et hoc etiam patet ex ipsomet § 2. Leg. unic. Cod. de rapt. virginum et ex Nov. 143, ex quibus in-

(1) E. g. FABER, ad Cod. Lib. IX. tit. 9, 11, definitione 1. n. 1.

(2) Cf. MATTHAEUS, de crim. Lib. 48. tit. 4. cap. 2. n. 6. — PHILIPSE, pag. 38 et 39, initio.

(3) Cf. MATTHAEUS, 48. tit. 4. cap. 2. n. 7 et 48. tit. 3. n. 8, in fine. VOETIUS, Lib. 48. tit. 5. n. 2. — Cf. HUME's, Commentaries on the law of Scotland, Edinburg 1819. Vol. I. pag. 297.

super manifestum est, *raptus* crimen contrahi posse, etiamsi virgo non invitam se abduci passa sit, ideoque omnis *violentiae* nota cesset. Quare etiam dici nequit ex L. 5. C. de episcop. et cler. conatum puniri stupri violenti, etiamsi ex ejus legis sententia cujusvis raptus conatus esset puniendus. Fortasse tamen dici posset rectius, ipsum *raptum consummatum* esse *stupri violenti conatum*, adeoque remotum, *raptus* enim saepissime fit, ut deinde mulieri per *vim inferatur stuprum*; si igitur raptus punitur, qui nihil aliud est quam *stupri violenti praeparatio*, a fortiori *vim illatam ad stuprum ipsum faciendum*, tamquam criminis stupri violenti *inchoationem*, etiamsi raptus non praecesserit, neque stuprator intentionem habuerit a loco abducendi virginem, *neque stuprum consummaverit*, saltem raptorum poena esse afficiendam. Praeterea non solum ex Novella laudata Leonis stuprum per *vim* et per *raptum* effectum morte punitur, sed etiam ex Lege Julia de vi publ. tam raptor quam is qui stuprum violentum commisit tenetur. In Lege enim 5. § 2. D. h. t. dicitur : « qui vacantem mulierem rapuit aut nuptam, ultimo supplicio punitur, » et L. 3. § 4, eodem tit. « praeterea punitur hujus Legis poena qui puerum vel foeminam per vim stupraverit (1). » Cum autem Legis Juliae poena ab initio aquae et ignis interdictio fuisse videatur ex L. 10. § 2. D. ad Leg. Jul. de vi publ. et postea in locum hujus poenae deportatio successerit, ex L. 2. § 1. D. de poenis (2), dubitari

(1) Conf. L. 26. § 9. D. ad Leg. Jul. de adulter.

(2) MATTHAEUS, de crim. Lib. 48. tit. 18. cap. 1. n. 6.

posset, an tempore JCtorum stuprum violentum eadem poena adficeretur ac raptus, poena scilicet capitali? Sed L. 1. § 2. D. de extraord. crim. omne dubium tollit, cum ex ea ipsum stuprum non violentum perfectum poena capitali adficeretur. Ex his etiam respondendum est quaestioni, qua poena conatus stupri violenti afficiendus sit? Conatum vero eodem modo quo crimen perfectum puniendum esse, credit Matthaeus de criminibus Lib. 48. tit. 3. cap. 2. n. 10, ideoque poena capitis plectendum, et extra ordinem conatum illum ut ipsam consummationem afficiendum esse summo supplicio, contendit etiam Cropp sect. II. pag. 114. Sed Matthaei sententia nititur potissimum Lege unic. Cod. de rapt. virg. et L. 5. C. de episcop. et cler. atque opinione falsa, *stuprum violentum esse raptum.* Nec meliori fundamento niti videntur ea quae dicit Cropp, ut enim dicere possimus, *extra ordinem* puniendum esse aliquod factum, allegandum est *illud jus extraordinarium*, quo poena in id factum sit constituta. Cum vero in conatum stupri violenti *judicium extraordinarium* introductum esse, a Croppio nullibi probatum sit, falsam esse ejus sententiam patet. Rectius dici posse videtur, ex ipsa *sententia Legis Juliae de vi publica*, ea poena quae postea in casu raptus quoque poena Legis Juliae esse intelligebatur, scilicet summo supplicio adficiendum esse *conatum stupri violenti*, praecipue si jam vis personae illata neque vero stuprum consummatum fuerit. Contra Struvius (1) contendit, stupri violenti conatum non posse puniri ex Lege

(1) Lib. 48. tit. 5. exerc. 49. th. 40. nota x.

Julia de vi publica, cum ibi solummodo de consummato delicto agatur. Quum autem Lege 1. § 2. D. de extra. crim. qui puero stuprum, abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit, aut mulierem puellamve interpellaverit, imperfecto flagitio puniatur deportatione in insulam, capite vero si perfectum sit (1); eadem Lege opinatur Vir Doctiss. conatum stupri violenti esse coërcendum.

§ XXIV.

De Lege Julia de vi privata.

Quaedam sunt facta ratione quorum de vi publica agere licet, et simul etiam de privata. Si quis convocatis hominibus vim fecerit, tenetur Leg. Julia de vi pub. tenetur etiam de vi privata (2). Si autem in ejusmodi caussis propter conatum quoque licet agere Lege Julia de vi publica, multo magis agere propter conatum licebit Lege Julia de vi privata, etiamsi fortasse tantum de crimine consummato, neque vero de conatu ratione Legis Juliae de vi privata diserte

(1) MATTHAEUS, de crim. Lib. 48. tit. 3. cap. 3. n. 8. — CROPP, pag. 109 et seq. — PHILIPSE, pag. 16 et 38. — HUBERUS, ad Lib. IV. tit. 18. Inst. de pub. jud. n. 6. — VINNIUS, ad Lib. IV. Inst. § 4.

(2) Lex 5. L. 10. § 1. D. ad Leg. Jul. de vi pub. L. 4. Dig. eod. L. 2. Dig. ad Leg. Jul. de vi priv. De ceteris speciebus Legis Juliae de vi privata cf. MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 4. cap. 3. § 1, 2. — STRUVIUS, Lib. 48, tit. 7. exerc. 49. th. 48. — WESTENBERGIUS, Lib. 48. tit. 7. § 1. — HUBERUS, ad Lib. 48. tit. 7. nr. 1, sqbs.

sermo sit. Hoc nemini dubium esse potest (1). In aliis vero casibus ubi solummodo ex Lege Julia de vi privata agere licet, quoties de conatu puniendo nihil in legibus sancitum est, toties ab omni poena reus est absolvendus. Nec, ut opinatur Cropp sect. II. pag. 53, licebit judici, pro atrocitate vis attentatae, pro qualitate personae, temporis et loci ratione, *poenam arbitrariam* statuere. Hoc enim nullo modo est concedendum, nam judici nunquam licet factum tanquam delictum punire, nisi id lege speciali ipsi sit concessum (2), ut jam saepius diximus. Haec sufficere credimus de conatu ex Jure Romano; plura sane addere possemus, sed ne fines disputationis nostrae transgrediamur, necesse est ut transeamus ad examinanda praecepta quae in Gallia ab antiquioribus temporibus circa conatum servata fuerint.

CAPUT IV.

DE CONATU EX JURE FRANCO-GALLICO AB ANTIQUIORIBUS TEMPORIBUS USQUE AD CODICEM ANNI 1791.

§ I.

De conatus puniendi ratione in genere.

In Gallia quondam in criminalibus quoque caussis Jus Romanum magnam auctoritatem habuisse notum est, neque vero solum in iis provinciis quae juris scripti dicebantur, ve-

(1) Cropp, sect. II. pag. 52.
(2) L. 131. § 1 et 244. Dig. de verb. sign. — Voetius, ad tit. de poenis n. 4.

rum etiam in aliis, in quibus ceterum Res Criminalis ex consuetudinibus diversis admodum diversa erat, in omnibus denique provinciis Regum Ordinationes plurimae, ad Rem Criminalem pertinentes, observabantur. Juris vero Romani praecepta saepius male intellecta ita potissimum adplicabantur, ut ea a scriptoribus practicis Italiae antiquioribus explicata, et subinde a vera sententia Legum Romanarum admodum aliena erant. In poenis irrogandis vero plurimum pendebat ab arbitrio judicum qui ipsam poenam capitalem irrogare poterant ratione habita variorum caussae momentorum (1); et generaliter ante Codicem anni 1791 poenae potius infligebantur a judicibus vi cujusdam observantiae atque consuetudinis quam ex determinata et scripta Legis dispositione (2).

Circa conatum vero criminum differentia quondam etiam in Franco-Gallia inter crimina graviora et leviora sistebatur, et in illis conatus eodem modo quo delictum perfectum coërcendus esse credebatur, quae sententia nitebatur falsa interpre-

(1) MUYART DE VOUGLANS, Institutes au droit criminel, part. I. chap. 1. pag. 3 et 4. — LEGRAVEREND, introduction pag. 27 et 37, nota 2. — JOUSSE, traité de la justice criminelle de France, Paris 1771. Vol. I. pag. 37 et 38. — DESPEISSES, Vol. I. 123. part. I. tit. 12. sect. 1, et sect. 3. — MERLIN, sub verbo *vol*, sect. II. § 2. pag. 503. Vol. XIII. — SERVAN, discours sur l'Adm. de la justice criminelle, Paris 1821, pag. 350.

(2) Lois pénales par M. PASTORET, Disposit. prélim. pag. 12. — LEGRAVEREND, introduct. pag. 37, nota 2. — BORNIER, sur l'art. 13, du tit. 25, de l'ordonn. de 1670. — JOUSSE, Vol. II. pag. 591, 594, 598 et 599. — MUYART DE VOUGLANS, opere laud. pag. 32.

tatione Legum Romanarum, et nihilominus, ut ait Matth. (1) totius Europae suffragia obtinuerat. Quare ab omnibus Galliae JCtis proponebatur principium : « dans les crimes énormes, le simple attentat, quoique non suivi d'effet, doit être puni de la même peine, que si le crime eut été consommé (2), » regulaque quam Doctores Italiae de ea re proposuerunt, in Gallia quoque ricipiebatur, scilicet : « in atrocioribus criminibus ad proximum usque actum si conatus pervenerit, eadem prorsus poena afficiendus est, ac si crimen omnino fuisset consummatum. » In ceteris vero criminibus puniebatur quidem conatus, leviori tamen poena quam ipsa consummatio (3). Dissenserunt quoque nonnulli in Gallia dicentes, nullum crimen poena ordinaria affici posse, nisi eventus secutus sit (4). In dijudicanda vero gravitate delicti praecipue respexerunt Galli, utrum crimen ex meditato consilio atque insidiis commissum fuerit necne (5), et si ad leviora pertinere censebatur delictum, ejus conatus poena ex judicis arbitrio determinanda af-

(1) Lib. 48. tit. 18. cap. 4. nr. 13.

(2) Muyart de Vouglans, part. 1. chap. 1. pag. 3. — Jousse, opere laud. Vol. II. pag. 638. — Deferrière, dictionn. de droit sub verbo *crime*.

(3) Cf. Julius Clarus, quaestione 92. n. 1. — Farinacius, quaestione 124. n. 13, 9, 17, 33, 34, 37 et 40. — Jousse, loc. laud. Vol. II. pag. 637. Vol. III. pag. 697. nr. 63. — Merlin, s. v. *homicide*, Vol. V. pag. 712.

(4) Masuer, pract. for. tit. de poenis, 37. nr. 15.

(5) Domat, droit public, Liv. III. tit. 1. pag. 198. Nouveau comment. sur l'ordonn. crim. de 1670, Paris 1777. Vol. I, in procemio pag. 41. — Jousse, Vol. I. pag. 9. 16 et 17. — De la Porte, Comm. du Code d'instruct. crim. Paris 1809, Vol. II. pag. 13. — Legraverend, Vol. I. pag. 92 et 93.

ficiebatur, prouti plus minusve in exsecutione progressus erat delinquens (1). Quare levius castigabatur qui nondum crimen, quantum poterat, perfecerat, quam is qui jam pervenerat ad actum ultimum (2). Qui autem consilium cum aliis inierat de homine interficiendo, postea poenitentia ductus, propria et libera sua voluntate a delicti exsecutione recessit, impunis dimittebatur (3). Hanc doctrinam originem ducere ex recepta inter scriptores antiquiores Juris Romani interpretatione, patet, et in tradendo principio, conatum eodem modo esse coërcendum quo delictum perfectum, etiam Auctores Gallici laudabant Legem 14. Dig. ad Leg. Corn. de sic. L. 49. D. de Reg. Jur. L. 16. § 8. D. de poenis (4), quarum veriorem sententiam jam superius exhibuimus. Hisce positis principiis generalibus, necesse est ut disquiramus paucis, quomodo in singulis delictis eorum conatus fuerit punitus, et cum conatus in atrocioribus perfectioni aequipararetur, doctrinam de eo in quibusdam maleficiis examinabimus, quae ad classem graviorum pertinuerunt. Nec possum hoc silentio praetermittere, fuisse in Gallia Auctores, qui Jus Romanum quo conatum in delictis atrocioribus eadem severi-

(1) PAPON, recueil d'arrêts. Livre III. tit. 10. nr. 1.

(2) JOUSSE, Vol II. pag. 638. n. 268. — DEFERRIÈRE, dict. de droit, sub verbo *peine*.

(3) DEFERRIÈRE, sub verbo *crime*, Vol. I. pag. 613.

(4) LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 93. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 3. — DEFERRIÈRE, sub verb. crim. Vol. I. pag. 615.

tate ac perfectum delictum punitum fuisse credebant, consuetudine in Gallia abrogatum esse dicebant (1). Haec autem sententia Ordinationibus Regiis et plurimis aliis Auctoribus improbata est, et illi Auctores ipsi in aliis locis, contrarium saepius judicatum esse, docuerunt.

§ II.

De conatu in crimine laesae Majestatis.

De crimine laesae Majestatis numquam in Gallia dubitatum fuisse videtur, ejus criminis conatum eadem severitate coërceri posse, ac si delinquens illud perfecisset (2). Hoc etiam sancitum est Constitutione Regia 1. Aug. 1531 (3). Ceterum Majestatis crimen variis modis contrahi poterat (4). Adeoque nuda cogitatio in hoc crimine punienda esse credebatur ita ut, si solummodo constaret, aliquem ejusmodi facinoris perpetrandi *consilium* iniisse, eo ipso summo supplicio pu-

(1) REBUFFUS, ad Const. Regias, in prooemio, glossa 5. n. 20. — ANT. FABER, de poenis, Cod. definitio 20. — BUGNYON, Lib. I. 56, 68, 70, 71, 160.

(2) DEFERRIÈRE, ad § 3. Instit. de pub. jud. Vol. VI. pag. 373 et 374. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 3. — JOUSSE, volume II. pag. 638. Vol. III. pag. 69. nr. 61.

(3) Code pénal ou recueil des principales ordonnances sur les crimes et délits, 3. édit. Paris 1765. pag. 43.

(4) MUYART DE VOUGLANS, opere laud. pag. 459 et seq. traité des crimes tit. II. chap. 11. — JOUSSE, Vol. III. part. 4. tit. 18. art. 2. § 1. pag. 676. — DOMAT, Lib. III. tit. 2. n. 1 et seq.

niri posset. Hoc certe particulare erat in crimine laesae Majestatis; alias enim in Gallia etiam valebat illud principium, *cogitationis poenam nemo patitur*, et regulariter aliquis solummodo puniri poterat, si suum consilum *factis ad executionem tendentibus* manifestavisset, quod praeceptum etiam a Divo Ludovico Galliae Rege antiquitus sancitum esse, jam supra docuimus (1). Sed exceptionis causa aliud principium, idque inhumanissimum, in crimine laesae Majestatis receptum esse videtur ex falsa interpretatione Juris Romani, scilicet Legis 5. Cod. ad Leg. Jul. Majestatis, ex cujus verbis: « *eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri Leges voluerunt*, » ea Lex de *simplici cogitatione* intelligebatur. Ceterum exempla revera inveniuntur, in quibus sola cogitatio simpliciter manifestata puniebatur in crimine laesae Majestatis. Quidam e. g. capite damnatus est ex sententia 11. Januarii 1539, quia dixerat: *si deessent viri boni* qui ad Jacobitae Clementis exemplum Henricum IV tunc Regem occiderent, se ejusmodi factum esse commissurum (2).

(1) DEFERRIÈRE, dictionn. de droit, sub verbo *leze-majesté*. — JOUSSE, Vol. II. pag. 639. n. 270, Vol. III. tit. 28. n. 62. part. 4. pag. 697. — MUYART DE VOUGLANS, traité des crimes, tit. 5. n. 5. pag. 455, in fine. — MERLIN, sub verb. *lèse-majesté* n. 7. § 5. 376. — DOMAT, sup. au droit public, Lib. III. tit. 2. art. 5.

(2) ROUSSEAU DE LA COMBE, matières criminelles pag. 49, in fine, part. I. — DEFERRIÈRE, sub verbis *délit*, *crime* et *leze-majesté*; mirum est tamen quod idem Auctor dicit ad § 3. Instit. de public. jud. Vol. VI. pag. 373 et 374, ubi contendit, consilium laesae Majestatis crimen committendi solummodo puniri, si secutum sit initium executionis, qua in re sibimet ipsi et ceteris Auctoribus adversatur. — JOUSSE, Vol. III. pag. 697. n. 63.

§ III.

De homicidio meditato aut ex insidiis perpetrato.

Antiquitus in Gallia inter *assassinat* et *meurtre* non ita distinguebatur ut Jure Hodierno; scilicet *assassinat* dicebatur non quodvis meditatum homicidium, sed tantum si quis operas suas locaverat ad hominem occidendum, sive ad vim aliis inferendam verberave infligenda (1). Diversum vero ab assassinio dicebatur *meurtre à guet-apens* homicidium ab aliquo commissum ex proposito atque insidiis structis (2). Aliquando tamen verba *assassinat* et *meurtre à guet-apens* promiscue usurpabantur, ut in art. 12. Ordinationis Regiae anni 1670. Cum autem crimen quod dicebatur *assassinat* apud Gallos, ex meditato consilio fieri soleat; ad atrocissima facinora illud referebatur (3), et de conatu illius criminis haec sancita erant Regia Constitutione : « Pour le regard des *assassins* et ceux qui pour prix d'argent ou autrement, se louent pour tuer, outrager, excéder aucuns, ou recourent des prisonniers criminels des mains de la justice, ensemble ceux qui les auront loués ou induits pour le faire, *la seule machination* et *attentat* sera puni de mort, *encore que l'effet ne se soit ensuivi* (4). » Exinde patet, tale impium pactum ad scelus

(1) ROUSSEAU DE LA COMBE, part. I. pag. 60 in fine et 61 initio. — JOUSSE, part. IV. Livre III. tit. 4. Vol. III. pag. 248.

(2) JOUSSE, Vol. III. pag. 530. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 520.

(3) JOUSSE, Tom. III. pag. 249, 481 et 482.

(4) Art. 195, de l'ordonn. de Blois, art. 4. tit. 16. de l'ord. de 1670,

perficiendum initum, nec secuto effectu, criminisque conatum eadem poena atque ipsum crimen consummatum fuisse puniendum. Sic etiam saepius judicatum est, praecipue adfertur ab Auctoribus res, 8. Maii 1731, judicata. Non solum vero in *assassiniis* quae dicebantur, conatus puniebatur; sed etiam in aliis homicidiis quae ex proposito atque ex insidiis perpetrabantur, *dolus pro facto* habebatur (1), et hoc jus antiquissimis temporibus jam in Gallia observatum fuisse videtur, nam in Capitulari Caroli Magni (2) jam haec verba leguntur : « qui hominem voluntarie occidere voluerit, et perpetrare non potuerit, ut homicida punietur.» Quidam tamen Auctores existimabant, homicidii meditati conatum eadem severitate solummodo puniendum esse, si delinquens ad actum morti proximum pervenerit (3), sed in *homicidio conducticio*, etiamsi mandatarius ad nullum actum quo exsecutio inchoaretur, pervenisset, jam ipsum esse puniendum (4). Alii vero ad poenae applicationem in *homicidio conducticio* quoque

édit. du mois de Juillet 1682, confirmé au parlement le 31 Août, de la même année.

(1) ROUSSEAU DE LA COMBE, part. I. pag. 61 et 62. — JOUSSE, Vol. II. pag. 638. Vol. III. pag. 249 initio, 250, 500, 531. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 518, 519 et 520.

(2) Lib. VII. nr. 212.

(3) DOMAT, droit public. Lib. III. tit. 7, nota n. 10 et 11. — DESPEISSES, part. I. tit. 12. sect. II. art. 3. pag. 127 et 128. Idem part. I. tit. 12. sect. II. art. 3. pag. 129. n. 4. Vol. II. Nouveau comment. sur l'ordonn. de 1670, prooemium, Vol. I. pag. 41.

(4) MUYART DE VOUGLANS, des crimes titre IV. chap. 2. pag. 520.

ex auctoritate Scriptorum Juris Crim. Italicorum (1) requirebant, ut crimen exitu caruerit contra agentis voluntatem et jam insidiis structis, variisque mediis a delinquente adhibitis, solo casu fortuito salvus manserit is in quem delictum intentabatur. Quare aggressionem exigebant, ut poena delicti consummati posset irrogari (2). Jousse vero (3) distinxit, utrum pecunia promissa fuerit et accepta, ut quis occideretur, an vero solummodo pactum initum fuerit eum in finem, ut quis gravi injuria aut verberibus afficeretur; in casu posteriori eventu non secuto poenam morte leviorem esse applicandam, secus si eventus fuerit secutus, et in casu priori poenam mortis irrogandam esse eventu secuto et non secuto. Ceterum in omni casu quo res infecta esset, levissimum mortis genus irrogari voluerunt plurimi Franco-Gallorum JCti, Scriptoris Itali Farinacii auctoritatem (4) adlegantes. Porro si quis ejusmodi scelestam conventionem inierit, postea vero poenitentia motus, a delicti exsecutione se abstinuerit, et alterum insidiarum ipsi struendarum certiorem fecerit, consortes detulerit, videbatur absolvendus (5). In aliis homicidii non meditati speciebus conatus non morte puniebatur, nisi forte talis fuerit conatus, qualem hodie Scriptores Germani delicti perfecti nomine a consummato crimine dis-

(1) E. g. FARINACII, quaest. 223. nr. 77.

(2) THEVENEAU, sur les ordonn. Livre IV. tit. 13. art. 1. not. 4 et 5.

(3) Vol. III. pag. 250 et 251 n. 7.

(4) Quaestione 126 et 132.

(5) DEFERRIÈRE, sub verbo *crime* Vol. I. pag. 615.

tinguunt. Referente tamen Papone (1), aliquis qui judicem exercentem suum munus, percusserat cum animo occidendi, sententia 23 Maii 1569, suspendio amputata prius dextra puniebatur, licet judex ad sanitatem restitutus fuisset (2).

§ IV.

De veneficio.

Omnium criminum quae ex proposito committi solent, gravissimum sane est veneficium, quare etiam Edicti Regii, mensis Julii anni 1682, art. 4 cavebatur : « seront punis de mort tous ceux qui seront convaincus de s'être servis de venefice ou de poison, soit *que la mort s'ensuive ou non*, comme aussi ceux qui seront convaincus, d'avoir composé ou distribué du poison pour empoisonner, » art. 5 : « ceux qui seront convaincus, d'avoir attenté à la vie de quelqu'un par vénéfice et poison, en sorte qu'il n'ait pas tenu à eux que ce crime n'ait été consommé, seront punis de mort. » Ex his patet fuisse puniendum attentatum facinus, si quis alterum veneno necare voluerit, hic autem remediis feliciter adhibitis ad sanitatem fuerit restitutus. Hinc ex sententia supremae curiae Dijonensis, 13. Januarii 1561, uxor quae veneno suum con-

(1) Recueil d'arrêts Lib. 23. tit. 10. n. 3.

(2) Cf. DESPEISSES, part. I. tit. 12. sect. II. art. 3. Vol. II. pag. 127 in fine, et 128. — JOUSSE, Vol. III. n. 63. pag. 697.

jugem interficere voluerat, poena ignis affecta est (1). Ex collatione vero articulorum Edicti supra laudati patet, etiam puniendos fuisse tam eos qui animo occidendi venenum confecerint, habuerint, quam eos qui jam veneno usi fuerint, quin mors efficeretur eorum conatu; et haec doctrina omnino quadrat in Jus Romanum. Franco-Galli tamen Scriptores auctore Farinacio (2) docuerunt, eos qui mala venena dolo malo praeparaverint, solummodo poena ordinaria puniendos esse, si consilium eorum in factum ad exsecutionem delicti proxime tendens eruperit; qui vero vendiderint venenum scientes ad quem finem eodem uti vellet emptor, poena ordinaria tantum affici posse morte secuta ejus cui datum fuerit venenum, alias leviori poena eos esse afficiendos. Qui vero emerit, vel paraverit, vel confecerit venenum alterius necandi caussa, si res eventu caruerit, quia in scelere perpetrando impeditus est delinquens, ex sententia JCti Jousse (3) regulariter poenam mortis non debuit subire;

(1) DESPEISSES, Vol. II. pag. 128. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 523 et 525. — JOUSSE, Vol. III. pag. 638 et Vol. II. pag. 42. n. 4.

(2) Quaest. 122. nr. 14-17, 19-22 et 40. Generaliter magna in Gallia auctoritate fruebatur hic Auctor, nec non CARPZOVIUS, Germanus. Quare etiam MUYART DE VOUGLANS, in praefatione operis sui de Jure Criminali scripti dixit : « Je n'ai point dedaigné les secours particuliers que m'ont fournis les auteurs de pays étrangers, surtout de l'Italie et de l'Allemagne, où cette étude me paroit plus cultivée que partout ailleurs. » Hodie vero, ubi Scriptores Juris Criminalis Germani, magis quam tunc temporis Carpzovius aliique, Eruditorum suffragia merentur, eorum doctrina communiter a Scriptoribus Gallicis negligitur.

(3) Vol. IV. pag. 43, fin.

ex arbitrio judicis tamen habita ratione caussae momentorum ea poena adfici poterat (1). Per se intelligitur et ex ipsismet verbis articuli 5 laudati Edicti patet, eum qui propria sua voluntate ab exsecutione recessit, leviori poena afficiendum fuisse, nam in articulo laudato supponebatur delinquens momentis fortuitis fuisse impeditus. Qui vero in aquas fontis vel putei venenum conjecerunt, ut perirent ii qui hujus modi aqua usuri essent, eventu secuto morte puniendi erant, et levius ex arbitrio judicis castigandi, si res eventu caruit (2).

§ V.

De parricidio.

Apud Auctores Gallos quosdam dicebantur parricidae ii qui patrem, matrem, avum aut aviam, aut aliquem ex descendentibus occidissent. Unde non parricidii crimen committere censebantur hi qui alias personas in Leg. 1. Dig. ad Leg. Pomp. nominatas interfecerunt (3); alii vero eum quoque esse parricidam dicebant, qui fratrem, sororem, privignum, socerum, vitricum, generum e. q. s. r. occidisset (4).

(1) JOUSSE, Vol. IV. pag. 44.

(2) MUYART DE VOUGLANS, pag. 526.

(3) MUYART DE VOUGLANS, pag. 526. — DEFERRIÈRE, ad § 6. Inst. de pub. jud. et dictionn. de droit sub verb. *parricide.*

(4) JOUSSE, Vol. IV. pag. 1 et seqq. nr. 4-7. — DOMAT, Lib. III. tit. 7. n. 15.

Et qui uxorem occidit, ex quorumdam Auctorum sententia tanquam parricida puniendus erat (1), et generaliter omnes ii quos enumerat Marcianus in Lege 1. Dig. ad Leg. Pomp. sub nomine generali *parricidarum* continebantur; qui vero necaverunt alias personas affinitate atque cognatione sibi conjunctas, tanquam homicidae ordinaria poena afficiebantur (2). In hoc crimine vero parricidii indubitate conatus poena delicti ordinaria afficiendus videbatur, modo ex facto ad delictum tendente probari posset agentis prava intentio (3); quare etiam uxor consors homicidii tentati in conjugem, licet res eventu caruisset, poena capitali puniebatur sententia 17. Junii 1699. Erant etiam Auctores qui hujus criminis nudam cogitationem puniendam esse censebant, modo de ea constaret (4). Attamen filius qui emerit venenum ut patri daret, neque vero potuerit dare, poena leviori afficiendus erat ex sententia JCti Jousse (5). Despeisses vero (6), etiam ab solam veneni emptionem parricidii poena ordinaria plectendum

(1) Conf. MUYART DE VOUGLANS, pag. 528. — JOUSSE, Vol. IV. pag. 3 in fine et 7.

(2) ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 62. sect. VIII. n. 1 et 6.

(3) MUYART DE VOUGLANS, pag. 527, in medio. — DOMAT, Lib. III. tit. 7. n 18. — DEFERRIÈRE, ad § 6. Inst. de pub. jud. Vol. VI. pag. 407, et sub verbo *parricide*. — JOUSSE, Volum. II. pag. 638, idem Vol. IV. pag. 10 in fine, et 11.

(4) BRODEAU, sur Louet, L. S. § 20. n. 9.

(5) Vol. IV. pag. 11.

(6) Part. I. tit. 12. sect. II. art. 2. Vol. II. pag. 127.

esse filium credidit. Ex his patet, fere eadem praecepta quae Jure Romano statuebantur circa parricidium, in hoc crimine in Gallia quoque servata esse.

§ VI.

De raptu.

Raptus crimen committi dicebatur ab eo, qui virginem, mulierem aut viduam domo patris, conjugis, tutoris vel curatoris abduceret, animo vitiandi sive matrimonii jungendi caussa. *Raptus* autem duplex erat; si enim invita virgine committebatur, dicebatur *raptus violentus*, *rapt de violence*, si vero consentiente rapta, invitis tamen parentibus, *raptus in parentes*, *rapt de seduction*, nuncupabatur (1). Sed ex legibus in poena applicanda haec divisio nullius erat momenti; ut enim uterque raptus iisdem poenis subjicitur Jure Romano, ita nec Ordinationibus Regum ulla poenae differentia sistebatur inter haec duo raptus genera, ut ex articulo 42 Ordinationis ejus quae nota est s. v. *ordonnance de Blois*, mensis Maii 1579, patet: « tous ceux qui se trouveront avoir suborné fils ou filles mineurs de 25 ans, sous prétexte de mariage, ou autre couleur, sans le grè, sçu, vouloir et consentement exprès des pères, mères et des tuteurs,

(1) MUYART DE VOUGLANS, traité des crimes, tit. 3 et 8. pag. 499. — ROUSSEAU DE LA COMBE, page 27. — DEFERRIÈRE, ad § 8. Inst. de pub. jud. pag. 412 et 413. Vol. VI, idem sub voce *rapt* et *rapt de séduction*. — JOUSSE, Vol. III. pag. 709. n. 9 et 719.

seront punis de mort sans espérance de grâce et pardon, *nonobstant tous consentemens que les mineurs pourraient alléguer avoir donné au dit rapt lors d'icelui ou auparavant* (1). » Solummodo si raptum concesserit virgo, princeps poterat gratiam raptori concedere, secus in raptu violento (2). Licet autem leges nullibi distinguant, utrum in raptum consenserit virgo necne, in praxi tamen poena raptus qui consentiente virgine factus fuerat, arbitrio judicis determinabatur ex variis caussae momentis, ita ut in ea re in desuetudinem venisse Ordinationes Regias, affirmaret Muyart de Vouglans (3). Ad raptum vi commissum pertinebat etiam *stuprum violentum*; sive crimen ejus qui invitam mulierem stupraverat. Licet haec crimina prorsus diversa sint, tanquam eadem tamen considerabantur in Gallia, ita ut leges quae de uno aliquid statuebant, etiam ad alterum horum criminum pertinere intelligerentur, quam sententiam ex ipsis legibus Romanis frustra probare voluit Matthaeus (4). Sed in Jure Gallico eam regulam

(1) Conf. DEFERRIÈRE, sub voce *rapt* et *rapt de séduction* pag. 674 et 675, idem ad § 8. Instit. de pub. jud. — ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 27, dist. 7. n. 1. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 504. — JOUSSE, Vol. III. pag. 730. n. 61 et 731 n. 64. — MERLIN, sub voce *rapt*, Vol. X. 1809. pag. 599 et seqq.

(2) Cf. tit. 1. art. 11, et tit. 16. art. 4, de l'ordonn. de 1670, et Nouveau Commentaire, nota 17. pag. 41. Vol. I. — JOUSSE, Volum. III. pag. 733, et MUYART DE VOUGLANS, pag. 503.

(3) Oper. laud. pag. 505. — DOMAT, Lib. III. tit. 10. n. 14. — DEFERRIÈRE, s. v. *rapt*, Vol. I. p. 591, in fine.

(4) Lib. 48. tit. 4. cap. 2. n. 7.

servari voluerunt quidam Auctores (1). Ceterum poena mortis in raptum et in stuprum violentum irroganda erat, ex art. 42 Ordinationis supra laudatae (2); hoc vero non stricte observabatur, poena enim mitigari solebat ex judicis arbitrio (3). Quid vero de conatu horum criminum dicendum sit, et praecipue in raptu *cui consensit virgo*, nunc videamus. Ex quorumdam Auctorum sententia non aliter irroganda erat poena capitalis, quam si *raptor raptam vitiaverit*. Hanc quoque sententiam falsa interpretatio Juris Romani provocasse videtur. Eam autem adprobavit Jousse (4), saltem pro casu, quo raptor a consummando stupro propria voluntate recesserit; si autem solummmodo momentis fortuitis a vitianda muliere impeditus fuerit, tunc delinquentem morte puniendum esse putavit (5). Ceterum conatus ipsius raptus poena ordinaria non puniebatur, nisi constaret, per delinquentem non stetisse, quo minus executio ad finem perduceretur;

(1) ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 27. dist. 7. n. 1, in fine n. 2. — JOUSSE, part. IV. tit. 29. Vol. III. pag. 743 et pag. 708. n. 9 et 10. Dissentit MUYART DE VOUGLANS, pag. 499.

(2) COQUILLE, in nota ad art. 42, de l'ord. de Blois, ordonn. du 22 Novembre 1730, ord. du 26 Novembre 1639, art. 2 et seq. — IMBERT, pratique judiciaire, Lib. II. cap. 22 n. 10 et 20. — JOUSSE, Vol. III. pag. 743 et seq.

(3) DEFERRIÈRE, Vol. II. pag. 672, sub verbo *rapt*.

(4) Vol. III. pag. 731. n. 64, in fine.

(5) Hanc sententiam improbat DEFERRIÈRE, sub voce *rapt*, Vol. II. pag. 671. — Cf. DEGHEWIET, Instit. du droit Belgique, part. IV. tit. 6. § 16. art. 6 et 7. Vol. II.

praesertim si virgo consensit in raptum (1). In omni casu, si voluntatem virginis omnino liberam, nec eam ullo modo coactam fuisse probari posset, poenam capitis cessare dixerunt Doctores, interpretantes legem unicam Codicis de raptu virginum (2). Circa raptum vero atque stuprum quae vi commissa essent, permulti Auctores solum tentamen puniri eadem severitate qua crimen consummatum voluerunt (3). Alii tamen poenam leviorem ex arbitrio judicis delinquenti infligi posse, ratione habita circumstantiae facinoris, crediderunt. Sic etiam judicatum est in Parlamento Gratianopolitano, 18. Januarii 1461 (4). De poena stupri violenti contra virginem impuberem tentati Interpretes etiam dissenserunt. Alii enim in eo casu delinquentem poena capitali esse afficiendum existimabant, et eadem severitate esse coërcendum eum qui auctoritate sua ad virginem stuprandam esset abusus (5). Sed alii Jureconsulti ex qualitate facti atque ejus circumstantia poenam leviorem esse irrogandam arbitrabantur, verb. g. exilium aut opus temporarium (6). Ceterum si quis conatus

(1) Ita, auctore FARINACIO, Quaest. 145. n. 209, JOUSSE, Vol. III. pag. 739. n. 83.

(2) JOUSSE, Vol. IV. pag. 731.

(3) DEFERRIÈRE, dictionn. de droit, sub verbo *rapt*. Nouveau Comment. sur l'ord. de 1670, Vol. I, in procemio pag. 42. — ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 26 et 27. n. 2.

(4) PAPON, Lib. XXIII. tit. 10. n. 4. — JOUSSE, Vol. III. pag. 544 n. 95.

(5) JOUSSE, Vol. III. pag. 747. n. 103, et pag. 750. — ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 28. n. 8.

(6) MUYART DE VOUGLANS, pag. 497, in fin. — MERLIN, sub verbo *viol* n. 3. 1809. Vol. XIII. pag. 425.

stupri violenti in meretricem reus factus erat, certe delinquens a poena capitali liberatus est, et solummodo poena extraordinaria infligi solebat (1). In omni casu, si raptor virginem vi ablatam non vitiaverat et ab ea re se abstinuerat libera sua voluntate, leviori poena puniendus videbatur, ratione habita caussae; si vero momentis externis et fortuitis a consummando crimine impeditus fuerat, poena ordinaria irrogari solebat (2). Si quis scalas ad muros apposuerat, ut aedes ingrederetur cum animo honestam virginem stuprandi, capite plectendus videbatur; levius vero castigandus, si delinquens meretricem stuprare voluerat (3).

§ VII.

De adulterio et incestu.

Apud Romanos multas vicissitudines subiit poena adulterii usque ad Justinianum, qui in Novella 134. cap. 10 statuit, ut mulier adultera fustibus caesa in monasterium detruderetur (4), quae Novella aliquatenus in Gallia etiam recepta erat. Mulieres enim quae illud crimen commiserant, in mo-

(1) PAPON, Lib. XXII. tit. 8. n. 1.

(2) JOUSSE, Vol. III. pag. 748, in fine.

(3) Eodem op. pag. 750. n. 11.

(4) CROPP, sect. II. pag. 126 et seq. — MATTHAEUS, Lib. 48. tit. 3. cap. 2. n. 1, 2 et 3.

nasterium relegabantur (1). Virum vero qui laeserat fidem conjugalem, quondam ex moribus Gallicis ab omni poena infamanti liberandum fuisse, docet Jousse (2). Neque uxor contra eum adulterii accusationem instituere poterat, adeoque ne separationem quidem a toro et mensa judicio civili facile contra maritum impetrare poterat uxor laesa, nisi mariti vita peculiarem infamiam haberet (3). Uxoris adulterae consors tamen sive is qui adulterium cum uxore alterius commiserat, poena exilii affici poterat (4). Ex his videri potest, Gallos quondam in punitione adulterii secutos esse magis doctrinam Juris Romani, cum alii populi Europaei magis doctrinam Juris Canonici sequerentur, et hodie adhuc in ea re Legum Gallicarum et aliarum e. g. Germanicarum magna differentia animadvertitur. Quid vero de adulterii conatu quondam in Gallia fuerit receptum, paucis adhuc disquiramus. Levius puniendum esse tentatum adulterium quam crimen consum-

(1) JOUSSE, Vol. III. pag. 215. — ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 18, nota 2. — DESPEISSES, Vol. II. pag. 134. — DEFERRIÈRE, s. v. *adultère*, Vol. I. pag. 77. 79. Arrêt du parl. de Bord. 7 Decemb. 1523. — Cf. MERLIN, s. v. *adultère*.

(2) Vol. III. pag. 225.

(3) « Il faut que l'adultère soit accompagné de scandale, » dixerunt Auctores. Cf. JOUSSE, l. l. — Ceterum JOUSSE non admodum in ea re cum reliquis Auctoribus consentire videtur. Quae vero ab eo tamquam mariti adulteri poenae nominantur, verae poenae in sensu Juris Criminalis dici nequeunt, velut dotis amissio, et accusationis contra uxorem instituendae exclusio.

(4) DESPEISSES, part. I. tit. 12. sect. II. art. 4. pag. 132 seqq. — PAPON, Lib. XXIV. tit. 2. n. 6. — DEFERRIÈRE, sub verb. *adultère* Vol. I. pag. 78. DOMAT, Lib. III. tit. 10. n. 5 et seq. — MERLIN, sub verbo *adultère*.

matum, omnes fere Scriptores Gallici antiquiores contenderunt, ad exemplum eorum quae constituta erant de hac re in Jure Romano, in Leg. 1. Dig. de extraordinariis crim. et Pauli S. R. V. 4. § 5.

Ad doctrinam de adulterio proxime accedit doctrina de incestu sive conjunctione illicita personarum, inter quas matrimonium prohibetur ratione cognationis, sive propter jura sanguinis non est connubium. De personis vero inter quas ex hac caussa matrimonium illicitum quondam in Gallia censebatur, uberius tractavit Jousse (1). Cum autem illud crimen eo majus esse intelligeretur, quo proximior inter illas personas cognationis gradus obtineret, poena ex ea ratione etiam in Gallia quondam mitigata aut exasperata est, et vel igne vel suspendio puniri solebat incestus (2). De conatu autem hujus criminis haec sunt monenda ex Scriptoribus Juris Criminalis Gallici. Si crimen incestus simul in eadem persona conjunctum esset cum stupro violento, morte illud puniebatur, et in eo casu conatus ejus facti extra ordinem, et quidem etiam poena capitali affici posse censebatur (3). In hoc quoque casu Legum Romanarum auctoritate JCti Galli nitebantur, L. 1.

(1) Vol. III. pag. 561 et 564. — Cf. MUYART DE VOUGLANS, pag. 505 et 506. — ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 25.

(2) IMBERT, Livre III. chap. 22. n. 19. — PAPON, Lib. XXII. tit. 7 et 9. — JOUSSE, Vol. III. pag. 565 et seq. — DEFERRIÈRE, ad § 4. Inst. de pub. jud. Vol. VI. pag. 391.

(3) ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 26 in fine, et 27 initio.

D. de extraord. crim. et L. 5. C. de episcop. et cler. Non tamen communiter in conatum poena capitalis necessario irroganda existimabatur (1). Peculiari ratione Rebuffus (2) contendit, legem qua puniretur conatus, in Gallia non valere, nec igitur in nostro casu delictum tentatum puniri posse; sed sibi adversatur Vir Clarissimus, ipse enim fatetur (3), conatum in caussa de qua hic sermo est, poena pecuniaria et aliquando capitali affici posse. Unde patet, varias poenas in incestum attentatum infligi potuisse ex arbitrio judicis, et habita ratione variae facti circumstantiae.

§ VIII.

De furto.

Furtum quondam Auctoribus Gallicis quoque dicebatur contrectatio fraudulosa rei alienae, lucri faciendi caussa sine domini voluntate. Quam definitionem illi ex Lege 1. § 1. D. de furtis et § 1. Institut. de obligationibus quae ex delicto nascuntur, adoptasse videntur (4). Ut jam vidimus, antiquitus apud Romanos de furto poena publica puniendo non sermo erat, sed solummodo poena pecuniaria illud afficiebatur, et ad judicium privatum pertinebat; postea vero fur-

(1) JOUSSE, Vol. III. pag. 569. n. 20.

(2) Procemio Const. Reg. Glossa 5. n. 28 et seq.

(3) L. l. nr. 31.

(4) MUYART DE VOUGLANS, pag. 552. — JOUSSE, Vol. IV. pag. 166. — ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 37. n. 7.

tum extra ordinem criminaliter coërcebatur. Similiter in Gallia antiquitus pecunia furta luebantur, sed progrediente aetate graviores poenae in furta sunt constitutae Ordinationibus Regiis (1), et insuper Juris Romani novissimi praecepta circa furtum aliquam vim et in iis provinciis obtinebant, ubi ea quondam non observabantur. Neque tamen consenserunt Auctores, qua poena essent puniendi conatus furti, neque in Ordinationibus illis ea de re quidquam constitutum erat. Scriptorum nonnulli conatum eadem poena qua crimen consummatum coërcendum esse dicebant, quia *fur* animo meditato ageret (2). Alii vero ab hac sententia discedentes, conatum quo delicti exsecutio inchoaretur, mitius puniendum esse credebant, quam si revera fuisset consummatum scelus, habita ratione pravae voluntatis atque nequitiae quam in delicto perpetrando ostenderit delinquens (3). Ceterum omnes in eo consentiebant, neque solam cogitationem furti puniendam esse, neque ipsam praeparationem (4). Severius latrones famosi et qui rapinam exercebant, ob tentatum crimen puniebantur, si criminis exsecutionem jam inchoaverant, momentis vero externis et ab ipsorum voluntate non pendentibus a delicto perficiendo re-

(1) Declaration du 4 Mars 1724, quae cum aliis huc pertinentibus videatur in : Code pénal, ou recueil des ord. crim. pag. 99, et suiv. — Muyart de Vouglans, pag. 557. — Jousse, Vol. IV. pag. 176.

(2) Domat, droit public, Lib. III. tit. 1. pag. 198 et 199. Nouveau comment. sur l'ordonn. de 1670, Vol. I. initio pag. 41.

(3) Jousse, Vol. IV. pag. 166. n. 1. pag. 253. n. 199.

(4) Jousse, Vol. II. pag. 638. — Deferrière, sub verb. *délit*, Vol. I. pag. 643. Idem sub verb. *crime*.

cedere coacti fuerant. Idem observabatur in iis qui armata manu atque minis furtum in aedibus committere tentaverant. Hoc Jure jam Romani utebantur, nec tamen deerant Auctores qui in his quoque casibus poenam leviorem applicandam esse voluerunt (1).

§ IX.

De incendio.

Crimen eorum qui sive ex odio sive ex alia mala intentione alienas aedes incendissent; esse gravissimum, omnes Auctores communi consensu declaraverunt (2). Nulla autem poena expresse Ordinationibus Regiis infligebatur huic crimini, si excipias incendium sylvarum publicarum atque privatarum; quod capite puniebatur (3). Cetera autem incendiorum genera puniebantur ex Legibus Romanis, ideoque ad

(1) L. 7. Dig. de extraordinariis crim. — PAULI Sententiar. Recept. V, 4. § 8. — PLINIUS, Hist. Naturalis, XIX, 19, 3. — CUJACIUS, Observation. X. 27. — CROPP, pag. 140 et seq. — JOUSSE, Vol. IV. pag. 254. — DEFERRIÈRE, sub verbo *vol*, Volum. I. 1088. — MERLIN, sub verb. *vol*, sect. II. § 2 Vol. XIII. pag. 502. — Cf. FARINACIUS, qu. 174. nr. 7. — CARPZOVIUS, IX. 91. nr. 31. 32. 33.

(2) Conf. ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 64. sect. 11. n. 1. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 539. — JOUSSE, Vol. III. pag. 659. — BRUNEAU, observ. et maximes sur les matières criminelles, part. II. pag. 347 et seq.

(3) Ordonn. des eaux et forêts de 1669. tit. 27. art. 32, déclarat. du 13 Novembre 1714.

poenam determinandam distinguebatur, utrum incendium in oppido excitatum fuerit, an in villa; in priori casu gravius, in posteriori vero levius puniendum censebatur (1). Cum autem hoc crimen atrocissimum haberetur, ex plurimorum Auctorum sententia in eo crimine puniendus erat *effectus* nec *secuto effectu*. Hinc si quis facta quaedam commisit animo incendium excitandi, licet exinde combustio domus non sequeretur, nihilominus poena delicti ordinaria afficiendus ille esse censebatur; poena vero criminis perfecti in conatum solummodo applicari posse credebatur, si ad actum proximum quem vocant, pervenerit delinquens, verb. g. si jam arserint aedes quas incenderat, sed vicinorum vigilantia incendium extinxerit (2). Ab hac sententia dissensit Muyart de Vouglans (3) qui in omni casu conatum levius puniendum esse existimavit, ratione habita eorum quae ad delictum perficiendum commisisset reus. Ceterum solae incendii minae aliquando jam capite vindicabantur (4).

§ X.

De suicidio.

Sua sponte intelligetur, in Gallia ab introducta Religione Christiana, illam Veterum opinionem : « *sapientem posse sine*

(1) MUYART DE VOUGLANS, l. l. JOUSSE, Vol. III. pag. 660. — DEFERRIÈRE, sub verb. *incendie*, Vol. II. pag. 19 et 18. — MERLIN, sub eodem verbo Vol. VI. pag. 47.

(2) JOUSSE, Vol. III. pag. 661 in fine, et 662 initio.

(3) Pag. 541.

(4) JOUSSE, Vol. III. p. 587 et 662, arrêt du parl. de Paris, du 6 Juill. 1709.

scelere vitae mortem anteponere, atque igitur se occidere (1), » non amplius fuisse comprobatam. Et licet nonnulli Auctores facerent distinctionem inter eos qui ex metu supplicii imminentis, et eos qui ex taedio vitae atque doloris impatientia suicidium commisissent, horum scilicet bona ad fiscum non pertinere censerent; credendum tamen non est, omnia Juris Romani praecepta in Gallia circa suicidium observata fuisse. Ea enim quae circa hanc rem in Jure Pandectarum, JCtorum Romanorum, Stoicae Philosophiae addictorum, sententias continente, constituta erant, a Gallorum moribus aliena videbantur, nullamque vim habebant in Gallia praeter illud de quo jam diximus, circa bonorum publicationem constitutum, quod JCti Gallici false pro *poena* in suicidium apud Romanos qua *tale* proposita habuisse videntur. Quoad reliquum magis observabantur praecepta Juris Canonici, ex quo qui sibi necem intulerant, tanquam homicidae considerabantur. Et ut jam Constitutione Caroli Magni (2), Juri Canonico adnuebatur, ita etiam in multarum provinciarum Consuetudinibus suicidae pro homicidis habebantur, et post mortem poenis afficiebantur hodie ignotis (3). Hoc tamen legitur apud Mer-

(1) Cf. PLINIUS, Epist. I, 12.—DEFERRIÈRE, sub verb. *homicide de soi-même* Vol. I. pag. 1040.

(2) Lib. VI nr. 7. « De eo qui semet ipsum occidit, aut laqueo se suspendit, consideratum est, ut siquis compatiens velit eleemosynam dare, tribuat, et orationem in psalmodiis faciat. Oblationibus tamen et missis ipsi careant, quia incomprehensibilia sunt judicia Dei et profunditatem consilii ejus nemo potest investigare. »

(3) De poenis eorum conferatur MUYART DE VOUGLANS, pag. 537 et 538.

lin. sub verbo *suicide*, in fine : « Bretonnier dans ses observations sur Henrys dit, qu'au parlement de Toulouse, on suit la distinction portée par le droit romain, qui distinguait ceux qui se tuaient dans la crainte du supplice, dû à leurs crimes, d'avec ceux qui se donnaient la mort par impatience ou par ennui de la vie, ou par excès de fureur ou de folie, et il ajoute que la loi punit les premiers, mais qu'elle excuse les autres.» Quid juris esset, si quis tentaverit quidem suicidium, non tamen perfecerit, de ea re non consenserunt Auctores. Alii enim ejusmodi hominem poena capitali puniendum esse credebant, alii poenam leviorem ex arbitrio judicis esse infligendam existimabant; et in hac quoque re male intellectae Juris Romani sanctiones in auctoritatem rerum judicatarum transierunt.

§ XI.

De abortu.

Juri Romano circa abortus poenam a quibusdam Auctoribus tributa est distinctio inter partum *animatum* et *inanimatum*, ita ut animati partus abactio poena capitali, inanimati vero exilio aut alia poena ex arbitrio judicis determinanda afficienda esse diceretur. Ignotam vero Romanis hanc distinctionem fuisse, jam alii docuerunt (1). Neque in Gallia ea dis-

JOUSSE et DEFERRIÈRE, l. l. — MERLIN, sub verb. *suicide*, edit. laud. Tom. XII. pag. 501. Idem sub verb. *cadavre* § 5.

(1) Cf. WISSINGERI Comm. laud. pag. 153 et sqbs.

tinctio admittebatur et recte : non enim refert *natam* quis eripiat *animam*, aut *nascentem disturbet*, ut ait Lactantius (1), in uno casu *homicidium*, in altero vero *homicidii festinatio* imputanda esse videtur (2). Unde in omnibus caussis poena *capitali* ejusmodi crimen afficiendum esse videbatur Galliae JCtis, ex *mente* Ordinationis Regiae anni 1522 (3), et nostra quoque aetate Legumlatores illius distinctionis inconcinnitatem docuerunt (4). Si abortionis conatu facto v. g. abortionis poculo dato, eventus defuerat, si scilicet nihilominus infans vivus fuerat natus, ex plurimorum Auctorum consensu quondam poena levior infligenda putabatur in Gallia, ex arbitrio judicis definienda, arg. Leg. 38. § 5. D. de poenis, ubi haec leguntur : « qui abortionis poculum aut amatorium dant, et si dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur ; *quod si mulier aut homo perierit*, summo supplicio afficiuntur. » Quamvis vero male haec Lex intellecta fuisse videatur ab Auctoribus Gallicis (5), Galli

(1) Divinar. Instit. Lib. VI. cap. 2.

(2) TERTULLIANI Apolog. IX. cap. 9. Decret. Gratiani. Can. 8 et 9. Causs. 32. qu. 2. — MERLIN, sub verbo *avortement*, Vol. I. pag. 450 et 451. — JOUSSE, Vol. IV. pag. 21. — MUYART DE VOUGLANS, Vol. IV. pag. 21.

(3) Cf. Ordonn. de Henri II, de l'an 1656. Code pénal ou recueil des ordonn. pag. 222. — THEVENEAU, sur les ordonn. Lib. IV. cap. 15. n. 1. — PAPON, Lib. XXII. tit. 4. art. 3.

(4) Collezione dei travagli sul codice penale pel regno d'Italia, Vol. I. pag. 279 et 280. Vol. II. pag. 258 et 259.

(5) Cf. WINSSINGER, l. l. praecipue pag. 154.

tamen eo, quod inesse credebatur in hoc loco, jure utebantur, et mulier quoque quae conata fuerat partum suum abigere, puniebatur (1).

§ XII.

De falso.

Falsum quondam vel *scripto* vel *dicto* vel *facto* committi posse dicebatur ab Auctoribus Gallicis (2), et ratione ejusmodi criminis puniendi plures exstant Ordinationes Regiae, quibus gravissimae poenae statuuntur, ipsaque poena capitalis (3). Edicto etiam Martii 1680, actis Parlamenti 24 Maii inscripto, poena mortis irrogata est omnibus publica dignitate fungentibus, qui in exercendo suo munere falsum commisissent, iis vero magistratibus qui id fecissent extra muneris officium, aliisque personis publica dignitate non fungentibus qui rei facti essent hujus criminis, poena constituta est levior ex arbitrio judicis definienda.—De singulis insuper falsi speciebus plurimae leges

(1) Cf. L. 8. Dig. ad Leg. Corn. de sic. L. 4. Dig. de extraord. crim. PAULI S. R. V. 23, 14. — MERLIN, sub voce *avortement*, Vol. I. pag. 131. — JOUSSE, Vol. IV. pag. 21. 22.

(2) Cf. JOUSSE, Vol. III. pag. 341-385. — MUYART DE VOUGLANS, 611-641.

(3) Ordonn. de François I, du mois de Mars 1531, item de l'an 1532, art. 5. Ordonn. du mois d'Octobre 1535, chap. 19. art. 9. Arrêt du parl. de Paris du 15 Fevrier 1607. — THEVENEAU, Lib. IV. tit. 17. art. 3. — DEFERRIÈRE, sub verb. *faux*, Vol. I. pag. 894 et 895. — DOMAT, Lib. III. tit. 9. n. 5. — REBUFFUS in procemio Constitutionum Regiar. Glossa 5. n. 110.

inveniuntur, e. g. ex declaratione Regia 10. Augusti 1699, ad acta parlamenti relata 2. Septembris ejusdem anni, summo supplicio puniebantur, qui signum illius qui principi a secretis aut a consiliis esset, in iis rebus quae ad illius munus pertinerent, adulterare ausi fuerint (1).

Pauca de conatu falsi in legibus occurrunt. Falso autem inchoato, neque vero perfecto, poena falsi ordinaria delinquens liberari solebat, et levius ex arbitrio judicis puniri. Neque tamen obtinuit haec regula respectu tabellionis qui propter inchoatum falsum eodem modo coërcebatur, ac si crimen consummasset, cessabat itidem illa regula in eo qui literas Regias adulterare conatus erat, in eo enim casu quoque *conatus pro delicto perfecto* habebatur; in quibus omnibus Practicorum Italicorum doctrinam pro parte secuti esse videntur JCti Galli (2). Notandum est etiam, in Gallia servatum fuisse praeceptum Legis 6. D. ad Legem Cornel. de falsis, de qua superius diximus, unde etiam in Gallia qui voluit committere falsum, non poterat puniri, si instrumentum nullo *jure* valeret (3).

(1) Praeterea conf. ordonn. du mois de Juillet 1536, et du mois de Mars 1540, art. 61, ord. de Henri II, de l'an 1549, art. 21, déclaration du 4 Mai 1720, ordonn. de 1681, art. 20.

(2) Cf. e. g. FARINACIUS, quaest. 150. n. 112, 113, 114 et seq. cum JOUSSE, Vol. III. pag. 389.

(3) JOUSSE, Vol III. pag. 388. — DESPEISSES, Vol. II. part. I. tit. 12. sect. II. art. 9. n. 19. pag. 140.

§ XIII.

De certamine singulari.

Crimen hoc quod praejudicatae opinioni originem debet, Veteribus ignotae, mirum in modum jam antiquioribus temporibus in Gallia augeri coepit. Et hinc summi Imperantes variis temporibus ad illud radicitus evertendum Ordinationes varias constituerunt, ex quibus factum civitati tam perniciosum poenis severissimis vindicaretur (1). Inter varias leges quatuor praecipue notandae sunt, scilicet Edicta 13. Aug. 1679 et 14. Decembris ejusdem anni, Declaratio 28. Octob. 1711 et Edictum Feb. 1723 (2). Ex his autem legibus, qui in certamine singulari dimicaverunt, etsi nec mors nec vulnera ex pugna secuta erant, capite puniendi et eorum bona publicanda erant, saltem in iis provinciis in quibus bonorum publicatio generaliter erat in usu, ex art. 13. et 15. Edicti laudati, anno 1679 sanciti. Adeoque qui alios ad certamen singulare provocaverant, etiamsi provocationem certamen non erat secutum, et qui dimicaturi se in locum ubi pugnandum erat contulerant, propter hoc solum factum poena carceris duorum annorum et gravi mulcta afficiendi erant, ex art. 10 et 11 ejusdem Edicti. Si quis denique in certamine fuerat occisus, de occiso

(1) ROUSSEAU DE LA COMBE, pag. 64. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 645. — MERLIN, sub verbo *duel*, Vol. IV. pag. 416. — DEFERRIÈRE, sub verbo *duel*, Vol. I. pag. 790 et seq.

(2) Cf. édit du mois d'Août 1623, déclaration du 26 Juin 1624, arrêt du parl. de Grenoble du 10 Septembre 1769.

adhuc poena erat sumenda (1). Ordinatio, mense Feb. 1723 de ea re lata, leges priores in universum confirmavit, et novas quasdam dispositiones addidit, v. c. art. 3. sancitum erat : « si ceux qui auront eu querelle ou démêlé, dont ils n'auront point donné avis aux juges du point d'honneur, se rencontrent et en viennent à un combat, voulons que sur la preuve de la dite querelle ils soient également punis de mort, comme coupables du crime de duel, » articulo 4. vero haec erant scripta : « et au cas qu'ils eussent donné avis de la querelle, s'il y a preuve d'aggression de part et d'autre, et qu'il soit clairement justifié, que la rencontre n'a point été préméditée, l'aggresseur sera seul puni de mort, pourvu que celui qui aura été attaqué, soit demeuré dans les termes d'une légitime défense (2). » Ex his patet, in hoc quoque crimine in conatum solum gravissimas poenas fuisse constitutas, praecipue si in eo crimine laesio quam Legumlatores voluerunt impedire sanctionibus suis, tamquam momentum consideratur, a quo criminis consummatio sit definienda. Neque tamen poenae illae severae malum ipsum exstirpabant, et hodie adhuc omnium populorum Legumlatores de poena hujus criminis rite sistenda in dubio haerere videntur (3).

(1) Cf. MERLIN, sub verbo *duel*, Vol. IV. pag. 416 et 417. — DEFERRIÈRE, sub verbo *duel* Vol. II. pag. 791.

(2) Conf. art. 3 et 4, de l'ordonn. de 1723. — DOMAT, Lib. III. tit. 7. n. 20 et 21. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 548-551. — JOUSSE, Vol. III. pag. 321-326.

(3) Cum eo quod in laudato articulo 4. Edicti Regii de justa sui defensione dicitur, conferatur C. DE SMET, dissertatio de legitima sui defensione, Lovanii 1824, pag. 56 et sqbs.

§ XIV.

De expositione infantum.

Hoc crimen sic ab Auctoribus Gallicis definitur : « le crime que commettent les péres et méres qui exposent ou font exposer leur enfant dans une rue, ou dans quelqu'autre endroit que ce soit, pour en être débarrassés, soit qu'ils l'aient exposé pour ne pas le nourrir, faute d'en avoir le moyen, soit pour éviter la honte que pourroit leur causer la naissance de cet enfant (1). » Hoc crimen morte puniebatur ex Edicto Henrici II. 24. Martii anni 1556 (2). Illud tamen Henrici II. Edictum in judiciis, ut ex caussis judicatis videri potest (3), non observabatur, sed poena fustium et stigmatis solummodo infligebatur (4). JCti Galli, memores illius a Paulo dicti : « necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis misericordiae caussa exponit quam ipse non habet, » et alius ab Ulpiano dicti : « nihil interest occidat quis, an caussam mortis praebeat (5), » expositionem infantis aliquò modo, etsi mors non

(1) MERLIN, sub verb. *exposition de parts*, Vol. V. pag. 34. — DEFERRIÈRE, sub eodem verbo, Vol. I. pag. 884.

(2) Cf. L. 4. D. de agnosc. et alend. lib. L. 2. C. de infant. expos. Novella 153. Decret. Grat. can. 9. Dist. 87.

(3) Cf. arrêt du parlement de Paris, du 16 Décembre 1547, arrêt du 24 Octobre 1576, arrêt du parlement de Flandre du 22 Octobre 1683 et du 27 Avril 1690, arrêt du parl. de Paris du 6 Juin. 1739.

(4) DEFERRIÈRE, et MERLIN, l. l.

(5) L. 4. D. de agnos. et al. lib. L. 15. D. ad Leg. Cornel. de sicar.

secuta esset, tamquam homicidii conatum considerasse videntur, quasi mater quae infantem exposuit, semper mortem ipsi inferre voluisse intelligi deberet, *si non directe*, *saltem indirecte* (1). Quare etiam non de ipso *expositionis* conatu quaestiones tractari a Scriptoribus Juris Criminalis Gallici solebant. Interea si mors non oriebatur ex infantis expositione, poenam leviorem judex applicare poterat, et generaliter eo magis puniebatur delinquens, quo gravior effectus erat secutus. Ceterum huic theoriae, ut equidem censeo, multa vitia suberant. Perversa enim de *dolo indirecto* sententia in ea conspicua est, et subinde etiam jam per se *tamquam laesio* considerari potest expositio, de cujus conatu puniendo regulae certae proponendae esse videntur (2).

Ex iis quae adhuc in hoc capite exposuimus, patebit, nullum quondam in puniendo conatu praeceptum generale in Gallia fuisse observatum; in singulorum vero criminum conatu puniendo paucas Regias Ordinationes, contra plurimas Juris Romani sanctiones subinde male intellectas, praecipue vero arbitrium judicis magnam vim habuisse.

(1) Cf. MERLIN, l. l. § 1. — BRUNEAU, Lib. XXII. pag. 410.

(2) Conf. Codicis pro Regno Italiae 1806 scripti art. 457.

CAPUT V.

DE LEGIBUS CIRCA CONATUM A CODICE ANNI 1791 AD CODICEM POENARUM ANNI 1810, QUO ADHUC UTIMUR.

Rei Publicae inclinatione vix in Gallia coepta statim imperfectam illam, cujus exemplum dedimus in capite IV, poenarum irrogandarum rationem emendari voluerunt legumlatores, ad quem finem anno 1791, a 25. Septembris ad 6. Octobris, primus prodiit poenarum Codex communis, quo etiam multa circa criminum conatum Juris Antiquioris praecepta mutata sunt. Primo loco vero nobis considerandus est articulus, appendicis nomine illi Codici adjectus, his verbis conceptus : « Pour tout fait antérieur à la publication du présent Code, *si le fait est qualifié crime par les lois actuellement existantes, et qu'il ne le soit pas par le présent décret*; ou si le fait est qualifié crime par le présent Code, et qu'il ne le soit pas par les lois anciennes, l'accusé qui aura été declaré coupable sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni s'il échoit (1). » Ex his autem verbis evidenter manifesta erat mens legumlatoris, facta quae antea poenis infamantibus plectebantur, qualiacunque in posterum non amplius coërceri volentis, nisi dispositione quadam spe-

(1) Cf. ejusdem Codicis part. I. tit. 1. art. 35, et art. 610 du Code du 3 Brum. an IV.

ciali novi Codicis ea facta poenis essent sancita. In eo autem Codice legumlator congruenter Juri jam antea in Gallia recepto in conatum gravissimorum delictorum, scilicet veneficii et homicidii meditati, poenas sanxit. Legitur enim Part. II. tit. 2. sect. I. art. 11. « l'homicide commis avec préméditation sera qualifié d'assassinat et puni de mort, » et art. 13. « l'assassinat quoique non consommé sera puni de la peine portée en l'article 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée, » porro art. 14. « l'homicide commis volontairement par poison, sera qualifié d'empoisonnement et puni de mort, » et art. 15. « l'homicide par poison sera puni de la peine portée en l'article 14, lorsque l'empoisonnement aura été effectué ou lorsque le poison aura été présenté ou mêlé avec des alimens ou breuvages specialement destinés, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitans d'une maison, soit à l'usage du public, » et denique art. 16. « si toutefois avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des alimens et breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtoit l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits alimens ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté (1). » Has sanctiones

(1) MERLIN, sub verbo *poison*, répertoire de jurisprudence, 3. édition Vol. IX. pag. 283. § 3. Idem sub verbo *homicide*, Vol. V. pag. 554. pag. 714. — BEXON, parallèle du Code pénal d'Angleterre avec les lois Françaises, Paris an VIII. pag. 325 in fine, 326. — GUYOT, dictionnaire des lois de la république Française, Vol. VII. pag. 187 et 188.

non discedere a Juris Antiquioris praeceptis, in his caussis servatis, nominatim dispositionem qua ad poenam homicidii ordinariam infligendam requirebatur, ut aliquis alterum aggressus sit cum animo occidendi, omnino quadrare cum quorumdam veteris Jurisprudentiae Auctorum sententia, ex iis quae jam superius diximus, perspicuum erit (1). Item praecepta novi Codicis de veneficio tentato jam in Edicto Regis 4. Julii 1682, art. 4 et 5, inveniebantur, et egregie exposita erant a Jousse (2) aliisque. Ex articulis supra laudatis etiam patet, legumlatorem voluisse in casu veneficii delinquentem qui propria ac libera voluntate a criminis consummatione recessit, et ejus exsecutionem impedivit, absolvi, quam regulam etiam secuti sunt Galliae legumlatores in Codice 1810. Sed ad omnes criminum conatus eam protulerunt de qua re serius dicetur. Et hoc principium jam ab antiquioribus Auctoribus propositum erat (3).

Praeter duos casus jam nominatos alius etiam in quo conatus eadem severitate qua crimen consummatum puniendus erat, in Codice anni 1791 invenitur, parte II. tit 1. sect. IV. art. 8. « quiconque aura délivré, ou sera convaincu d'avoir *tenté* de délivrer, par force ou violence, des personnes légalement detenues, sera puni de trois années de fer. » Is igitur

(1) THEVENEAU, sur les ordonn. Lib. XIII. tit. 4. art. 1. not. 4 et 5. — JOUSSE, Vol. III. pag. 250. nr. 6.

(2) Vol. IV. pag. 42 et 43. — MUYART DE VOUGLANS, pag. 523.

(3) Cf. JOUSSE, Vol. IV. pag. 44.

qui in carcere contentis effugium vi dare tentaverit, non minus ac si revera evasio facta fuisset, puniendus erat, et etiam in articulis sequentibus, scilicet 9 et 10, multo gravior poena infligebatur, si adessent momenta crimen asperantia ibidem indicata. Permulta etiam sunt facta quae, etsi pro consummatis delictis sensu legali habentur, ex rei natura nihil aliud sunt nisi conatus laesionum, et plurima ejus generis facta tanquam propria delicta a Codice 1791 quoque puniebantur. Huc pertinent plurima crimina quae contra externam et internam civitatis securitatem commissa dicebantur, e. g. si quis conjurationem iniisset eum in finem, ut bellum civile in civitate oriretur, vel contra salutem Summi Imperantis aut potestatem legitimam (1). Nullum vero in Codice anni 1791 continebatur principium generale de conatus puniendi ratione, quamobrem non nisi paucissimorum criminum in eo nominatorum, veneficii scilicet, meditati homicidii et effracturae carcerum conatus post eum Codicem sancitum puniri posse intelligebantur, poenae enim plurimorum, quae antea tanquam criminum conatus gravissimis poenis famosisque afficiebantur, art. ult. Codicis abrogatae censendae erant. Quantum vero vitiosa fuerit haec legumlatio, omnes sane intelligunt, nam gravissimorum criminum conatus ab omni poena absolvendi erant, etiamsi solo casu fortuito a consummatione impediti fuerant delinquentes, quo sane nihil perniciosius in civitate

(1) Confer. Cod. 1791. part. II. tit. 1. sect. I. art. 4. sect. II. artic. 1, 2, et 4. sect. III. art. 1, 4, 6, 7, 19. — GUYOT, opere laud. Vol. VII. pag. 162-176.

inveniri potest. Eo enim quod hominum prava consilia jam per externos actus manifesta, et ad consummationem criminis proxime protracta, manent impunia, consociationi hominum civili maximum damnum dari, cum eo alii ad scelus fiant audaciores, nemo dubitabit. Postea aliquando factum est, ut Rei Publicae conversionis auctores iniquissime gravissimis poenis afficerent conatus factorum quae eorum pravis consiliis adversari videbantur, velut deportatione puniebantur qui tentabant introire in aedes, ubi infelix familia Ludovici XVI a seditiosis inclusa detinebatur (1). Jam antea poena capitalis sancita erat (2) in eos qui Regis imperium restituere tentarent remotissimo modo, quive unitatem Rei Publicae evertere conarentur. Nec non saluberrime constituta erat in eos qui scripto provocaverint cives ad caedem atque rapinam, poena operis publici per sex annos, etiamsi laesio nulla inde foret secuta (3). Interea vero manebat tristissima Codicis poenarum lacuna. Mox confectus quidem est novus Codex 3. Brum. anno IV. de delictis et poenis inscriptus, sed hic praecipue modum procedendi spectabat, nec aliquid in eo de conatu puniendo sancitum est. Ex articulo tamen 610 ejusdem Codicis omnes dispositiones Codicis anni 1791, et aliae leges postea latae in vigore conservabantur; et novae dispositiones ferebantur de criminibus tentatis contra externam civitatis securitatem art. 612,

(1) Cf. loi du 1 Germinal an III. tit. 1. art. 1 et 2.

(2) Lois du 4 et 16 Décembre 1792.

(3) Loi du 19 Mai 1793. — Cf. BEXON, parallèle du code pénal d'Angleterre, pag. 187, 191 et seq.

616, 620, 630, 634, ejusdem Codicis. Tandem cum in plurimis delictis conatus puniendi necessitas ab omnibus sentiri coepisset, lata est notissima illa Lex 22. Prair. anni IV, quae verbo tenus hic scribenda videtur, quoniam est fundamentum hujus commentationis. Consilium quingentorum haec statuit: « considérant que le Code ne prononce aucune peine contre les tentatives de vol, d'incendie et des autres crimes, à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement, le conseil des Cinq Cents prend la résolution suivante : toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu (1).» Sic principia de conatu puniendo quae in paucis solummodo criminibus adhuc vigebant, jam ad omnia prorsus crimina extensa animadvertebantur, et mira sane haec erat rerum conversio. Legumlator enim qui primum *in genere* conatum non puniri voluerat, jam statuit in *omnibus criminibus eodem modo quo delictum perfectum*, tentamen esse coërcendum, et sic rationem puniendi ab antiqua Jurisprudentia prorsus alienam

(1) Eam legem iisdem fere verbis Res Publica Cisalpina recepit. Cf. Leggi organiche giudiziarie della repubblica Cisalpina, Milano anno VI. In hac collectione nr. VIII. legitur imitatio Codicis Gallici anni 1791, sub titulo *dei delitti e delle pene di cognizione dei tribunali criminali*, in cujus parte II. adjectus est titulus IV. *degli attentati di delitto*. Art. 1. continet sanctionem Legis Gallicae supra scriptae, art. 2. addita sunt haec : gli altri attentati, che sono stati sospesi dalla volonta dell' incolpato, potranno essere castigati in via correzionale.

sistebat. Haec autem Lex 22. Prair. anni IV solummodo pertinebat ad facta quae poenis infamantibus afficiebantur, sive ad dispositiones Codicis 1791, praeter quem ut notum est, pro delictis levioribus alius Codex peculiaris eodem anno sancitus erat. Mox Lege 17. Frimair. anni VIII, art. 17, Lex 22. Prair. anni IV extendebatur ad plurima facta quae non nisi poenis correctionis plectebantur, et nominatim ad delicta punita in articulo 32. tit. II. Codicis 19. Julii 1791, inscripti Loi rel. à l'organis. de la police municipale et correctionelle, ad furta scilicet simplicia (1). Praeterea per singulares quasdam leges aliorum quorumdam delictorum conatus puniebantur, quas leges omnes recensere longum est (2). Sic igitur res se habebant, cum anno 1810 ille Codex poenarum prodiret quo adhuc in Regno nostro utimur, et qui vim legalem habere coepit ab anno 1811; in eo autem legumlatores ad verbum receperunt Legis 22. Prair. anni IV dispositionem, sanciendo in artic. II. Codicis: « toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considerée comme le crime même. » Statutum jam fuerat 4. Octob. ann. 1808 in consilio sanctiori, ut omnino eadem verba Legis 22. Prair.

(1) Merlin, sub v. *Tentative* n. 1. in fine, et n. 2. — Bexon, parallèle du Code pénal d'Angleterre, page 139, 140, 363 et seq.

(2) Cf. Loi du 24 Nivose an VI. Bulletin d. l. 176. nr. 1658, et quae majoris momenti est: Loi du 29 Nivose an VI. Bulletin d. l. 178. nr 1677. art. 1. 2. 3. 5.

anni IV in novo Codice reciperentur (1). Quare etiam nulla fere differentia inter utramque dispositionem exstat. Solummodo in Lege 22. Prair. anni IV deerant verba *ou qui n'a manqué son effet* (2). Verbum *ou* etiam in fine articuli II. Codicis poenarum adjectum, non inveniebatur in Lege 22. Prair. Ceterum in utraque lege eadem sententia continetur. Quoad *scripturam* autem dispositionis hujus, et ipsius conatus *definitionem* Legumlatores Gallici aliquo modo secuti esse videntur Josephum II, qui pro Belgio nostro quondam sanxerat: «la seule pensée ou un sentiment intérieur méchant ne suffit pas pour constituer un délit criminel : cependant l'entreprise d'une action criminelle devient un délit, aussitôt que celui qui en a eu la mauvaise intention, s'est préparé à l'exécuter, et a manifesté cette même intention par quelque signe ou acte extérieur, quoique l'action même n'eût pas pu être consommée, soit par l'effet du hasard, ou par quelqu'empêchement survenu (3).» Neque tamen in definitione Josephi error ille continetur, quem in scriptura Codicis Gallici contineri, infra demonstrabimus. Nec diutius immorabimur principiis veteris Jurisprudentiae exponendis, ex iis enim quae adhuc diximus, satis patebit, qua via Galliae Legumlatores pervenerint ad constituendum id quod in articulo II. continetur. Nunc quaenam sit hujus articuli sententia, et quibusnam rationibus ille nitatur, videndum est.

(1) CARNOT, ad art. 2. Codicis poen. — BOURGUIGNON, manuel d'instruction criminelle, ad art. 2. Codicis poenarum.

(2) Cf. CARNOT, ad art. 221. Codicis criminalis, § 20. pag. 645.

(3) Réglement provisionnel pour la procédure criminelle des Pays Bas Autrichiens, Bruxelles 1787. art. 9.

CAPUT VI.

DE ARTICULI VERA SENTENTIA ATQUE RATIONE.

§ I.

Quaedam breviter exponuntur de dolo ad conatum requisito, in specie de indeterminato quem vocant.

Sequitur ex articulo secundo, solummodo de conatu puniendo ex regula *generali* in *criminibus* sermonem esse, scilicet in factis quae poenis infamantibus afficiuntur ex art. I. initio Cod. poenarum. Et cum facta in Codice poenis famosis punita maximam partem sint facta dolo malo commissa, contra in *delictorum* in specie ita adpellatorum classe multa contineantur per *culpam* admissa, naturalem coarctatio regulae illius ad sola crimina caussam habere videtur. Ut enim jam superius expositum est, in Capitis I. § I, neque in delictis culposis de conatu sermo esse, neque sine dolo conatus cogitari potest, quod etiam articuli II. sententia confirmari videtur. Sed cum ex Auctorum quorumdam sententia dolus sit *determinatus* vel *indeterminatus*, prout scilicet delinquens facto suo certam et determinatam laesionem efficere voluit, vel factum ita commisit, ut ipsi perinde esset, qualiscumque ex eo facto laesio oriretur (1); oritur quaestio, qualis dolus requiratur, ut

(1) Haec vero divisio alia est atque distinctio inter dolum *directum* et

aliquis ex capite conatus in poenam eam incidere possit quae in certam aliquam laesionem consummatam lege est constituta. Et quamvis nullum dubium sit, eum qui alterum verberaverit cum animo occidendi indeterminato, etiam si probare posset Jure nostro animum occidendi ad constituendum crimen homicidii voluntarii requiri (1), morte secuta ut homicidam teneri; dubitari tamen potest, an ob conatum homicidii puniri possit ille qui dolo indeterminato intulerit verbera, si ex verberibus illatis mors non fuerit secuta. Cum noster Codex de ea re nihil diserte statuat, res repetenda est ex ejus sententia, et ex ipsa ratione Juris Criminalis, unde factum sine animo occidendi determinato commissum a poena conatus homicidii liberandum esse credimus. Verum est quidem, ei qui e. g. ut vindictae satisfaceret, in alterum verbera intulerit, ita ut ipsi quidcunque ex facto sequeretur, perinde esset, mortem, si ex verberibus evenerit, ad dolum esse imputandam, sive *mortis eventu secuto*, eum *mortem voluisse* dici posse, et hinc recte voluntarii homicidii poena adfici; dici tamen non

indirectum, licet nonnulli Auctores his quoque verbis utantur ad distinctionem priorem indicandam. — Cf. MEISTER, im neuen Archiv des Crim. Rechts Vol. I. pag. 106. — SCHROETER, Lehrbuch des peinlichen Rechts, Leipzig 1818. pag. 107. — WINSSINGER, pag. 24 et 25. — VANDERTON, de delictis, Lovanii 1822. pag. 37.

(1) Cf. de hac quaestione : arrêt de la cour de cassation du 18 Janvier 1816. — SIREY, Vol. XV. Part. I. 147. Idem, code pénal annoté ad art. 2. n. 5, et ad art. 295. n. 3. — LEFEVERE, pag. 18 et 19. Arrêt de la cour de cassation du 22 Novembre 1810. — SIREY, Vol. XI. Part. I. 238, et code pénal annoté, ad artic. 2. n. 1 et 4, et ad art. 295. n. 1. — D'ANETHAN, de delicto meditato, Lovanii 1824, pag. 46.

aeque juste potest *eventu non secuto*, illum *homicidii conatum* fecisse. Verbo enim *conatus* ut ipso verbo *tentative* actus indicatur quo tenditur ad effectum producendum, sive directa ad certum et determinatum effectum intentio significatur. Ille igitur delinquens eventu non secuto alterius mortem *in eventum voluisse*, neque vero *facto suo spectasse* dici potest, sive is qui non determinate voluit alterius caedem, sed ita tantum si scilicet illa caedes esset eventus sui facti, si homicidium non evenit ex facto, illud etiam non voluisse dici potest. Non secuta morte videtur defecisse conditio, sub qua ille mortem voluit; qui enim dicit *volo* te verberare, utrum exinde secutura sit mors tua nec ne, mihi *perinde est*, *secuta* morte eam voluisse, *non secuta* eam *non voluisse* intelligendus est. Videtur igitur ratione conatus distinctio inter dolum *determinatum* et *indeterminatum* magni momenti esse, licet eam nullius momenti esse quidam Juris Criminalis Scriptores dicant (2); et quod saepius judicatum est in Gallia, *homicidii voluntarii consummati* caussa puniri aliquem posse *sine animo occidendi*, contra propter *conatum homicidii voluntarii* puniri posse non nisi eum qui *habuisse animum occidendi* fuerit judicatus, fortasse rectius ex mente Legumlatoris ita exprimeretur, *homicidii voluntarii consummationem* etiam sine animo necandi determinato, *homicidii voluntarii conatum* vero non sine determinato animo occidendi cogitari atque puniri posse. Prae-

(1) Cf. Tittmann, opere laudato, Tom. I. § 105. — Meister, principia juris criminalis § 39.

(2) Rosshirt, Lehrbuch, pag. 39. « Die Eintheilung hat keinen practischen Werth. »

ter *animum delinquendi* autem, de quo modo diximus, ad conatus poenam irrogandam Jure Gallico tria necessaria sunt, ut ex articulo II. evidenter probatur. Primo enim requiritur factum *externum* quo delinquendi consilium manifestatur, et delinquens ad delicti consummationem tendit, secundo *initium exsecutionis*, factum enim quo quis solummodo instrumenta criminis vel alia adminicula delicto inservientia sibi paraverit, non sufficit, sed jam uti debuit delinquens illis adminiculis ad crimen consummandum. Requiritur denique tertio, ut caruerint exitu actus externi *solo casu fortuito*, aut ejusmodi momentis quae ab ipsius agentis voluntate omnino non pendebant (1). Nunc de singulis hisce momentis agendum est.

§ II.

De facto externo art. II. requisito ad conatum constituendum, et vitio quodam in illius articuli scriptura manifesto.

Ad poenam irrogandam Jure nostro etiam requiritur factum externum quo delinquens saltem ad delicti consummationem tendit, nec solum consilium committendi delicti puniendum est ex Codice nostro. Legumlatores enim non in animo habebant

(1) CARNOT, ad art. 221. Codicis criminalis, Vol. I. 646. Idem ad artic. 2. Codicis poenarum. — LEGRAVEREND, Législation criminelle, Vol. I. pag. 94. — MERLIN, sub v. *tentative*, n. 1 et seq. — DENEVERS, Journal des audiences de la cour de cassation, année 1812. part. I. pag. 344 et 347. — REBMANN, Magazin für Deutsche gerichtliche und Polizei-Beamte, Mainz 1812, pag. 157. — PHILIPSE, pag. 72, 101 et sqbs. — LEFEVERE, pag. 26 et 27.

violare illam Ulpiani sententiam, *cogitationis poenam nemo patitur*, ut constat ex iis quae in consilio legibus ferendis dicta sunt : « la pensée seule n'est pas du domaine de la loi, les actes exterieurs troublent seuls la société (1). » Hinc etiam ut quis in conatus poenam incidat, delinquendi consilium debet externis factis manifestum esse, sed male loquitur articulus *d'une tentative manifestée par des actes extérieurs*. Quid enim significat *conatus actibus externis manifestatus ?* Proprie conatus cogitari non potest *sine factis externis* (2), sed loquendo de conatu factis externis manifesto, conatum quoque factis externis non manifestum supponere videmur, et hinc conatus nomine a Legumlatore Galliae nihil aliud indicatur quam *nuda cogitatio ;* quod minime nobis comprobandum esse videtur. Non solum enim hoc repugnat communi usui loquendi, verum etiam alia incommoda potest habere, cum in aliis locis Codicis, ubi vox *tentative* sine ulteriori appositione usurpatur, et praeter articuli II. sanctionem *poena* in conatum constituitur, dubium posset nasci, an Legumlator talem conatum intellexerit, qualem descripsit art. II, sive *proximum*, an *nudam cogitationem*, an saltem eum qui *remotus* conatus dicitur ? Cum enim Legumlator in uno loco

(1) Rapport fait au nom de la commission de législation, séance du 17 Février 1810, apud LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 91, in nota. Exposé des motifs du Code criminel, Liv. I. chap. 2. Exposé des motifs du Code pénal Livre II. art. 64. — BERRIAT SAINT-PRIX, Cours de droit criminel, Grenoble 1817, pag. 60.

(2) Cf. ROMAGNOSI, Genesi del diritto penale, Vol. II. § 660 et 661. pag. 160 et 161, et quae jam superius a nobis de ea re dicta sunt.

tam late sumeret verbum *tentative*, ut nihil aliud ac *consilium criminis* eo verbo exprimeret, potuit sane alio loco *meram praeparationem* eo verbo indicare. Multo adcuratius in legis superius laudatae art. 9. Josephus II. Belgii Legumlator locutus est. Dicebatur enim eo loco : « aussitôt que celui qui en a eu la *mauvaise intention*, s'est préparé à l'exécuter, et *a manifesté cette même intention par quelque signe ou acte extérieur* (1). » Recte enim dicitur *voluntas* factis externis manifestari, et voluntas actis externis manifestata *conatum constituere potest*, sed locutio : *conatus actu externo manifestatur*, aptum sensum non praebet. Hinc patet, in nostro articulo dicere debuisse Legumlatorem *dessein de crime*, loco *tentative de crime*, vel etiam si post verba *toute tentative de crime* adjecisset : *c'est-à-dire, tout dessein de crime*, aptam dedisset mentis suae testificationem. Tunc enim ita sonaret articulus : « toute tentative de crime, c'est-à-dire, tout dessein de crime manifesté par des actes extérieurs et suivi d'un commencement d'exécution, est considéré comme le crime même, si elle n'a été suspendue on n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, » et tunc articulus in priori parte conatus definitionem in altera ejus puniendi conditiones contineret. Tunc simul manifestum esset, Legumlatorem *conatus nomine* non nisi talem conatum intelligi velle, qui alias *conatus proximi* nomine continetur, et a nonnullis Scriptoribus quoque Juris Criminalis *solus* nomine *conatus* continendus esse censetur, tunc denique nec in aliis

(1) JOUSSE, Vol. II. n. 270. pag. 639.

locis ubi ea voce usus est Legumlator, minimum dubium superesse posset. Credo tamen non aliam mentem fuisse Legumlatori Gallorum, cum articulum II constitueret, sed ex aliqua negligentia verbis minus propriis eum usum esse ad mentem suam exprimendam. Hoc mirum sane; sed magis adhuc mirum videtur, ne unum quidem Gallorum Scriptorum adhuc hunc errorem Codicis animadvertisse, aut inconcinnitatem illorum verborum demonstrasse, adeoque ipsasmet supremas Curias in errore Legumlatoris participasse, iisdem verbis saepissime utendo. Jamque irrepserat ille error in Legem 22. Prair. anni IV, et in articulum 17. Legis 25. Frimair. anni VIII. Sed in exemplo Codicis anni 1804 proposito rectius legebatur: « toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, » et referente Carnot (1), verba *manifestée par des actes extérieurs* solummodo adjecta sunt longa habita deliberatione in consilio Legum ferendarum. Quae si ita sint, eo magis mirum est, non meliorem fuisse longae deliberationis exitum, et verba illa satis absurda in Codice inveniri. Si itaque Legumlator incipere voluit articulum verbis *toute tentative de crime*, et si ea ipsi non satis clara per se videbantur, explicandi gratia ut jam diximus, adjicere debuisset, *c'est-à-dire tout dessein de crime manifesté par des actes extérieurs*; vel etiam omnino omittere potuisset verba *manifestée par des actes extérieurs*, nam ipsum vocabulum *tentative de crime* satis clare indicare videtur *l'intention criminelle manifestée par des actes*

(1) Ad art. II. Cod. poen. Vol. I. pag. 11.

extérieurs, adeoque plus indicat, *actus externos scilicet ad crimen tendentes*, quae notio nunc magno admodum adparatu verborum non satis exhibita est in art. II. Dicere etiam, ut equidem censeo, ita potuisset Legumlator: « *l'intention de commettre un crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, est qualifiée tentative.* » Deinde fortasse non inepte proprio articulo adjicere potuisset haec: « *la tentative, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.* » Tunc melius etiam in praemissa quadrarent ea verba quae nunc art. III. leguntur, et post ipsa haec fortasse non inutiliter adhuc addi possent alia quibus indicaretur, *in iis casibus ubi de conatu delicti speciali sanctione cautum esset, ad eum puniendum easdem conditiones adesse debere, quae requirerentur ad puniendum criminis conatum.*

Ceterum Legraverend ipse in regulis quas pro punitione conatus proponit, saepius *d'une tentative manifestée par des actes extérieurs* loquitur (1), ut alii JCti usum loquendi lega-

(1) Op. laud. Vol. I. pag. 92. 94. 95, in notis. Videatur etiam CARNOT, ad art. II. Cod. poen. Vol. I. pag. 13, 14, in fine. Idem ad art. 221. Cod. crim. Vol. I. pag. 746, ad artic. 301. Cod. poen. Vol. II. pag. 32. — DESTRIVEAUX, essai sur le Code pénal pag. 4 et 5. — PHILIPSE, Dissertatio laudata pag. 89 initio, 101, 102, 104 initio § 4, 105 initio et in fine, 107, 108, 109 in fine, 110 et 116. — BERRIAT-SAINT-PRIX, pag. 60. — MERLIN, répertoire de jurisprudence, sub v. *tentative*, pag. 480, editio recent. et Vol. XII. pag. 789. — WINTGENS, pag. 132, in medio. — BEXON, Code

lem sequuntur, et in tribunalium sententiis saepissime sermo est de conatu actibus externis manifestato (1). Idem error etiam invenitur in iis quae edita sunt s. t. *exposé des motifs du Code pénal, séance du* 1. *Février* 1810, *ad art.* II. Neque tamen ego primus vituperavi eam locutionem de qua modo diximus (2); sed oritur quaestio, annon alia ex ratione verba *manifestée par des actes extérieurs* sint superflua, cum in sequentibus *commencement d'exécution* jam contineri videantur? Negat Philipse (3), cui assentitur Carnot ad articulum II. Cod. poenarum (4). A Curia tamen Cassationis judi-

de sureté redigé en projet pour le royaume de Bavière, Lib. II. part. I. art. 67 ait : « quiconque a tenté l'exécution *même* par des actes extérieurs. » Idem, parallèle du code pénal d'Angleterre, pag. 141 : « elle a voulu que la *tentative* devînt certaine *par la manifestation d'actes extérieurs.* » Idem, pag. 145. Plaidoyer de M. DE MARCHANGY, avocat général dans la conspiration de la Rochelle, Louvain 1822. pag. 89 et suivantes. — MERLIN, recueil des questions de droit, Paris an XII. sub v. *banqueroute* § 1. Vol. II. pag. 18.

(1) Cf. arrêt de la cour de cassation du 26 Juil. 1811. — SIREY, XI. Part. I. 281. — CARNOT, ad articulum 221. Cod. crimin. Vol. I. pag. 146. — SIREY, cod. pén. annoté, ad art. 2. n. 13, et praecipue arrêt de la cour de cassation du 23 Mars 1815. — SIREY, XV. Part. I. 220. Idem, Code pénal annoté n. 12, porro arrêt du 19 Janvier 1812., apud MERLIN, Vol. XIII. pag. 480, du répert. de jurisp.

(2) Cf. LEFEVRE, pag. 26, minus adcurate tamen ille locutus est pag. 39 initio. Videatur insuper IMBERT, de crimine infanticidii, Lov. 1822. pag. 55 in notis. — VANDERTON, de delictorum divisionibus, in positionibus quae disputationem sequuntur, posit. 6.

(3) Pag. 101 et 102.

(4) Vol. I. pag. 14.

catum est, si jurati respondissent adesse initium exsecutionis, eo ipso constare, consilium delinquendi actibus externis manifestatum fuisse (1). Requiritur igitur ad conatum constituendum actus quidam quo manifestetur animus delinquendi, debet autem hic actus esse talis, ut ex eo possit colligi delinquentem revera consilium iniisse crimen exsequendi; quod magis adhuc in sequentibus exponetur.

§ III.

De initio exsecutionis.

Porro ad conatum constituendum art. II. requiritur initium exsecutionis, sive necesse est ut factum quo animum delinquendi manifestatum esse dicimus, jam delicti executionem inchoaverit, actibus igitur mere praeparatoriis conatus non constituitur, et ille qui sibi ad delictum exsequendum instrumenta paraverit, conatum criminis non fecisse videbitur, nisi iisdem fuerit usus (2). Unde in genere ex Codice nostro conatus *remotus* conatus in sensu strictiori nomine non continetur, sed solummodo is quem Auctores vocant *proximum*, licet in sensu latiori ipsum delinquendi animum Legumlatores conatum adpellarent. Videtur tamen Codex tacite admisisse di-

(1) Arrêt de la cour de Cassation du 22 Janvier 1813. — SIREY, XVII. Part. I. 89. Idem, Code pénal annoté, ad articulum 2. n. 19. — LEFÈVRE, pag. 38, in fine, et 39.

(2) PHILIPSE, pag. 72, 91, 92, 104. — LEFEVERE, pag. 27. — CARNOT, ad art. 2. Cod. poenarum, Vol. I. pag. 13, in medio.

visionem de qua superius locuti sumus, inter conatum proximum et remotum; et multa facta puniuntur Codice quae aliorum criminum remotum conatum constituunt ex rei natura, licet conatus non adpellentur in Codice (1). Maximi momenti videtur esse ea quaestio, quaenam facta in quovis casu particulari initium exsecutionis constituant, nam ab illius quaestionis solutione condemnatio vel absolutio incusati pendet; quum tamen nullibi in Codice definiatur, quaenam sint facta delicti exsecutionem inchoantia, neque etiam appareat ex aliis Codicis dispositionibus, quanam ratione ea res dijudicari possit, sors accusati saepius a judicum arbitrio, quibus de admittenda accusatione judicium est, pendebit, determinatio enim initii exsecutionis illorum conscientiae relinquitur. Sed si judices errore decepti pro exsecutionis initio factum declararent, quod revera tale non est, aut vice versa, an haec sententia via cassationis rescindi et impugnari posset? A Curia Cassationis 27. Aug. 1812 judicatum est, haec omnia ex arbitrio judicum qui de admittenda accusatione cognoscunt, pendere, nec eorum errorem cassationi locum dare posse (2). Contra in aliis caussis judicatum est, via cassationis sententiam judicum criminalium semper impugnari posse (3);

(1) Cf. LEFEVERE, pag. 27. — PHILIPSE, pag. 92 et 93.

(2) SIREY, XVII. Part. I. pag. 89. Videatur etiam arrêt de la cour de Cassation 18 Mars 1813. — SIREY, XVII. Part. I. 89. Idem, Code pénal annoté ad art. 2. n. 17 et 18.

(3) Arrêt de la cour de Cassation du 29 Octobre 1813. — DESENNE, ad artic. 2. Codicis poenar. Dictionnaire des arrêts modernes, par LOISEAU, DUPIN,

et haec sententia etiam mihi videtur esse magis consentanea principiis quae in Codice quaestionum criminalium continentur. Sic enim articulus 229 Codicis criminalis loquitur : « si la cour (chambre d'accusation) n'apperçoit aucune trace d'un délit prévu par la loi . . . . elle ordonnera la mise en liberté du prévenu, » in articulo 299 ejusdem Codicis dicitur : « cette demande (en nullité) ne pourra être formée que contre l'arrêt de renvoi à la cour d'assises et dans les trois cas suivans, 1° si le fait n'est point qualifié crime par la loi, e. q. s. r. » Ex hisce collatis articulis sequitur, judicum quibus de admittenda accusatione cognitio est, officium esse incusatum absolvere, si factum tamquam crimen a Legibus poenalibus non punitur. Cum autem conatus criminis, si non adsit initium exsecutionis, ex articulo secundo non crimen censeatur, si nihilominus reus ad Curiam Criminalem remittatur, ex articulo 299 ejusmodi sententiae cassationem ille petere poterit.

Quid vero, si reus hujus sententiae rescissionem non provocaverit, et ideo Curiae Criminali traditus ibi poena conatus ordinaria fuerit affectus, an iterum ex articulo 408 Codicis criminalis poterit petere, ut sententia de admittenda accusatione lata et judicium Curiae Criminalis condemnatorium nulla declarentur, quoniam factum cujus incusabatur, a lege sub

LACROIX, sub voce *tentative* n. 4.—SIREY, XIV. Part. I. 243 Code pénal annoté, ad art. 2. nr. 23. Code criminel annoté ad art. 221. Videatur etiam CARNOT, ad articul. 2. Cod. poenar. pag. 19 in fine, et 20, Vol. I.

poena non sit vetitum? Ex articulo 296, qui nullitatem quam vocant sententiae de reatu (1) pronuntiatae provocare vult, hanc provocationem instituere debet intra tempus ab eo articulo definitum, quod si abiit, non amplius ille admittendus esse videtur. Nihilominus 14. Februarii 1812 judicatum est, reum, licet a Curia Criminali esset condemnatus, petere posse rescissionem omnium quae in judicio essent facta, si accusatio facto a legibus poenalibus non prohibito niteretur, cum ex articulo 221 Cod. criminalis, ut accusatio contra aliquem admitti posset, requireretur factum a lege pro crimine habitum, neque ad illum casum art. 296 pertineret (2). Alia tamen sententia Curiae Cassationis 9. Julii 1813, contrarium judicatum fuisse videtur (3). Licet autem in genere a Codice non definitum sit initium exsecutionis, in permultis casibus auctoritate rerum judicatarum adcuratius indicatum est, qualia facta exsecutionem inchoare intelligi debeant. Qui e. g. aedes alienas animo furandi ingressus, jam aperto scrinio in quo nummos se reperturum esse sperabat, deprehensus fuerit, ex articulo secundo poterit puniri, saltem id judicavit Curia Cassationis 29. Octobris 1813 (4). Contra qui in caveam

(1) Hoc vocabulum hic sensu JCtorum Romanorum accipiat Lector.

(2) Videatur etiam articulus 241 Godicis criminalis. LEGRAVEREND, Tom. I. pag. 98 in fine, et 99 initio. — CARNOT, ad artic. 221. Codicis criminalis, Vol. I. n. 25. pag. 646 et 647. — LEFEVERE, pag. 83, in medio.

(3) DE LA PORTE, dictionnaire, sub v. *condamnation.* — SIREY, XVII. Part. II. 313. Idem ad articulum 299. Cod. crimin. n. 1. — PAILLET, ad eumdem articulum. — MERLIN, Vol. XIII. pag. 471 et 480, du répertoire.

(4) SIREY, XIV. Part. I. 23. Idem, Code pénal annoté, édition de 1824,

alienam descenderit animo vinum furandi, non poterit puniri, deficiente initio exsecutionis, ut judicavit Curia Cassationis 9. Januarii 1812 (1). Ab hoc usu fori omnino discedit Philipse pag. 72, 85, 89, 90 in fine, 91, 92 et 104. Hic enim Auctor initium exsecutionis nihil aliud esse existimat, nisi factum aliquod ad perficiendum crimen natura sua aptum, quare initium exsecutionis furti adesse opinatur, si fur murum transgressus fuerit, vel ostio perfracto in domum penetraverit, sive per fenestram cubiculum intraverit (2). Sic etiam ratiocinatur Bexon (3): « une effraction commencée, une fausse clef introduite dans une serrure pour s'introduire ensuite dans une maison, des violences dans un grand chemin, rue ou place publique, s'il paroit qu'elles ont eu lieu dans le dessein de commettre un vol, ce qu'elles indiquent assez naturellement, et qu'elles n'ont été suspendues que par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de leurs auteurs, ont la même gravité que si le vol avoit été exécuté. » Sed credo equidem, in his casibus eo majorem esse tribuendam *rebus judicatis* auctoritatem, cum illae non magis legis menti consentaneae quam adversari dici possint. De conatu obli-

ad articul. 2. n. 20. — LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 98, in nota 5. — CARNOT, ad articul. 2, Codicis poenarum § 14. Vol. I. pag. 16. — MERLIN, sub v. *tentative*, Vol. XIII. pag. 480.

(1) SIREY, XII. Part. I. 243. Idem, Code criminel annoté, ad articul. 221. n. 3. — LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 98. not. 5.

(2) Idem sentire videtur WINTGENS, commentatione laudata, pag. 52 initio, et REBMANN, l. l. pag. 157 et 158.

(3) Parallèle du code pénal d'Angleterre, pag. 355.

gationem vi extorquendi egregie ratiocinatur Merlin (1): « acheter des pistolets, les charger, les tenir tout prêts, disposer un caveau, des chaînes, un poteau, pour consommer l'extorsion que l'on médite, ce ne sont peut-être là que des actes extérieurs de la tentative, ce ne sont peut-être pas des commencemens d'exécution, mais écrire les billets que l'on se propose d'extorquer, déterminer la victime, que l'on se propose de dépouiller, à monter dans la voiture qui doit la conduire au lieu, où tout est préparé pour la consommation du crime, la conduire dans cette voiture sur le chemin qui mène à ce lieu, c'est bien là completter tout ce qu'il faut aux termes de l'article du Code pénal, pour que la tentative soit criminelle. » In ea causa Merlin ministerio publico fungebatur, et in ejus sententiam etiam discessit Curia Cassationis (2). In singulis tamen casibus adcuratius initium executionis definire voluit Legumlator, v. g. in art. 301, ubi dicitur : « est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie, par l'effet des substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou *administrées*, » et nihilominus in hoc quoque casu dubia nasci posse circa initium executionis, experientia docuit (3). Ceterum si quis ad caedem ho-

(1) Répert. Vol. XIII. pag. 471, sub voce *tentative*. — Cf. DENEVERS, 1812, p. I. pag. 345 et 346.

(2) Arrêt de la cour de Cassation du 6. Février 1812. — SIREY, XII. Part. I. 97. Idem ad artic. 2. Cod. poen. n. 10.

(3) Cf. HAN HEUSDEN, Merkwaardige Lotgevallen van twee misdadigers, eene bijdrage tot de kennis van de gevorderde Beschaving in het stellige

minis cum altero conspiraverit, venenum emerit cum animo necandi, alterique venenum administrandum mandaverit, haec nondum sunt facta quibus delicti exsecutio inchoatur, sed solummodo ea preparatur (1). Quoad aliud crimen a Curia Cassationis 25. Julii 1827 judicatum est, eum esse puniendum ex capite conatus, « qui dans le dessein de faire circuler des lettres de change, en a fait graver les modèles sur les traites originales des banquiers dont il se propose d'emprunter les noms et de contrefaire les signatures (2). »

Ex eo quod ad conatum puniendum requiritur initium exsecutionis, et regulariter actus mere praeparatorios puniri noluit Legumlator, quaeri potest num puniri possit conatus in ejusmodi factis quae quidem tamquam propria *crimina* in Codice considerantur, ex sua natura tamen non nisi *conatus* sunt aliarum laesionum, quibus occurrere voluit Legumlator? In his casibus manifestum est, harum laesionum *praeparationes* quoque punitum iri, si illorum criminum conatus licet

regt, en van het nog gebrekkige in de tegenwoordige Lijfstraffelijke wetten. Vol II. nr. I, *poging tot misdaad*, Breda 1804.

(1) Cour de justice criminelle de la Seine, arrêt du 11 Mai 1811. — SIREY, Tom. XI. Part. II. 410. Idem ad artic. 2. Cod. poen. n. 9. Vide etiam COUTURE, plaidoyer rélatif à la cause de la dame Levaillant, accusée de tentative d'empoisonnement, apud SIREY, loco laudato. Vide etiam MÉJAN, recueil de causes célèbres, Tom. II. pag. 464 et seq. — REBMANN, p. 152, 153, 154.

(2) Bulletin de la Cour, partie criminelle, année 1817. pag. 176, et SIREY, ad artic. 2. Cod. poen. n. 15.

proximi tantum punirentur; nam conatus *proximus* alterius facti quod per se tantum laesionis conatus est, hujus laesionis *remotus* conatus dici potest, quod facile intelligitur. Eo majorem difficultatem ea res habebit, si factum aliquod proprie criminis nomine punitur, quod non nisi *remotus* conatus sive *praeparatio* est exsecutionis alius criminis. Ut rem exemplo illustremus; Codex poenarum noster in artic. 399. punit poena *famosa* fabrum qui cum animo furandi falsam clavem confecerit. Ex legibus igitur nostris clavis adulteratio, quod factum *per se* nulla poena dignum videtur, ut ex inscriptione sectionis in qua art. 399 legitur, patet, ratione *furti* quod adjuvante falsa clavi committi posset, gravi poena adficitur, tamquam proprium *crimen* igitur consideratur factum quod, etiamsi cum animo furandi commissum fuerit, non nisi *furti conatus remotus* est, vel *comparatio instrumenti* ad furtum inservientis. Si quis igitur *tentaverit* falsam clavem conficere, neque vero *confecerit*, an ille ex articulo II poena ordinaria affici deberet? Ex *verbis* art. II. hoc dicendum, ex *sententia* legis negandum videtur. Credendum enim est, Legumlatorem in articulo II. sanciendo potissimum spectasse *ea crimina*, quae ex sua natura *verae laesiones* essent; quod jam ex verbis Legis 22. Prair. anni IV patet: « considérant que le Code pénal ne prononce aucune peine contre les tentatives du *vol*, de *l'incendie* et des autres crimes, à l'exception de *l'assasinat* et de *l'empoisonnement.* » Confirmatur haec sententia eo quod Legumlator *delictorum* conatum art. III. non voluit puniri nisi in casibus speciatim nominatis; plurima enim *delicta* sunt facta quae puniuntur non quia *laesiones*

sunt, sed quia *ex iis laesiones oriri possunt*, et in iis casibus tantum ubi *laesio* aliqua *dolosa* tamquam delictum punitur, velut *furtum*, de ejus *conatu* puniendo etiam specialis sanctio in Codice reperitur. Ceterum haec doctrina aliquo modo auctoritate rerum judicatarum confirmata est. Punitur ex articulo 365 testium subornator, saepius vero judicatum est, conatum subornandi testes non posse puniri, nisi eum conatum secutus fuerit aliquis effectus, i. e. nisi a subornatis testibus falsum testimonium dictum fuerit vel tentatum, ita ut testes ipsi propterea possent puniri; licet e. g. is qui pecuniam promiserit alteri ut falsum testimonium diceret, et alterius promissum testimonii dicendi acceptaverit, quantum poterat, fecisse ad crimen *corruptelae testium* perficiendum dici, et ideo *hujus criminis exsecutio inchoata* intelligi possit. Quae vero est talis cognitionis justa ratio? Ignoro talem rationem, nisi dixeris, testimonium falsum ipsum puniri potissimum ratione laesionis quae ex eo facto oriri potest, sive *per se*, licet *proprium crimen* sit, non nisi *conatum esse alicujus laesionis*. Qui igitur subornavit testem, secuto falso testimonio punitur, quia laesionis spectatae conatum proximum commisisse intelligitur, scilicet testis corrupti testimonio usus est, tanquam medio ad laesionem efficiendam; adest igitur initium exsecutionis alicujus laesionis. Sed si is qui jam *subornavit testem*, vel *subornare fuerit conatus*, etiamsi testimonium falsum in judicio non prolatum fuisset, per se puniri posset, puniretur mera *laesionis alicujus praeparatio*, quam regulariter punire non voluisse videtur Legumlator, requirens aliquod initium exsecutionis, qua proxime ad *perficiendam*

spectatam laesionem perveniretur (1). Ceterum huic sententiae innuere videntur articuli 365 verba ipsa : « le coupable de subornation de témoins sera condamné. . . . . si le témoignage qui en a été l'objet e. q. s. r. » Orator autem qui in consilio legum sanciendarum ea de re dixit, haec protulit : « d'ailleurs la provocation au faux témoignage ne doit pas se confondre avec la tentative de crime; celle-ci est toujours personnelle au témoin et quand ce dernier est innocent, le suborneur n'est coupable que d'un projet criminel sans *commencement d'exécution*; condamné par sa conscience, il ne sauroit l'être par les tribunaux (2). » Interea tamen judicatum est, testem ipsum ob *conatum* falsi testimonii puniri posse, si in caussa criminali aut correctionis falsum testimonium dicere coeperit, licet subito interveniente quodam morbo, testimonium absolvere non potuerit (3).

(1) Cf. Arrêt de la cour de Cassation du 4 Décemb. 1812. — SIREY, XIII. Part. I. 213. Arrêt de la cour de Cassation du 18 Février 1813. — SIREY, XIII, Part. I. 253. Arrêt de la cour de Cassation du 19 Brumaire an XII. — SIREY, IV. Part. II. 205. Arrêt de la cour de Cassation du 9 Mars 1809. — SIREY, IX. Part. I. 252. Arrêts du 26 Avril 1816, du 19 Octobre 1821. — SIREY, XX. Part. I. 494. Idem ad articul. 61 du Code pénal, nr. 13. Idem, Code pénal annoté, ad articul. 365. n. 2, 3, 4 et 5, ad articul. 361. n. 5. — LEFEVERE, pag. 33, in fine, et 34. — MITTERMAIER, in Ephemeridibus Heidelberg. 1824. pag. 155 in fine et 156 initio. — REBMANN, pag. 163.

(2) Extrait du discours du rapporteur de la commission du corps législatif, sur le 5me projet de loi du Code pénal, Livre III. titre 2. chap. 1. — DE POTESTA, de communione sceleris, Leodii 1820. pag. 28. — MERLIN, répert. Vol. XII, s. v. *subornation* n. 6. pag. 787 et seq. — CARNOT, ad art. 465 du Code pénal, Vol. II. pag. 165 et seq.

(3) Arrêt de la cour de Cassation du 28 Février 1811. — SIREY, XVII.

Ex eadem ratione dubitatio subinde in judiciis orta est, num eorum factorum quibus commissis crimen *falsi* ex Lege *consummatum* censeri debet, *conatus* quoque sit puniendus; licet judices minus perspectum habuisse videantur dubitationis *caussam*. Plura enim eorum factorum quibus *falsi* crimen *consummatum* esse dici debet, *per se spectata* non nisi laesionis alicujus *conatus* dici possunt, et hinc si illorum conatus quoque punitur, in hujus laesionis conatum remotum animadverti videtur, quod num voluerit Legumlator, quaeri potest? Quaeri e. g. potest, num is qui per suppositionem personae falsum committere conatus fuerit, sit puniendus? Si quis e. g. coram magistratu adparuerit sub falso nomine, atque petierit, ut hic documentum quoddam conficeret, an potest puniri, si ante documenti perfectionem fraus fuerit detecta? Eum non posse judicatum est (1). Si quis autem qui per personae suppositionem falsum committere voluerit, in documento confecto jam signum falsum apposuerit, vel etiam interroganti publico munere fungenti se scribere non posse responderit, eum poena falsi ordinaria puniendum esse ex articulo II Codicis poenar. judicatum est, etiamsi documentum publicum non perfectum fuerit, tabellione scilicet signum

Part. I. 89. Idem, Code pénal annoté, ad articul. 2. n. 14. Idem, dans les cinq Codes annotés, édition de 1824, ad articul. 2. n. 22. — CARNOT, ad art. 361 du Code pénal, n. 25. Vol. II.

(1) Arrêt de la cour de Cassation, du 29 Messidor an XIII. — SIREY, VII. Part. II. 964. — DENEVERS, IV. P. I. 206. — SIREY, Code pénal annoté, ad art. 147. n. 52. Arrêt du 27 Juillet 1809. — SIREY, X. Part. I. 328. Idem, Code pénal annoté, ad articul. 147. n. 53.

apponere recusante, aut alia caussa externa interveniente (1). Eodem modo punitus est is qui ad celebrandum matrimonium alienam personam agens consensum dedit, etiamsi ante documenti perfectionem fraus esset detecta (2). Sed in exemplis ultimo relatis quaeri posset, num poena irrogata fuerit in crimen *tentatum*, an potius in crimen *consummatum*, in omnibus enim casibus, ubi non *laesio* ipsa crimen constituit, sine adcuratiori legis definitione incertum est, a quo momento criminis *consummatio* sit computanda, et videtur haec suppositio arbitraria, Legumlatorem voluisse *crimen ipsum pro consummato* haberi, *consummato documento*, cujus confectionem quis fraudulosa machinatione voluit efficere, et antea, quidcunque factum fuerit, tantum pro *tentato*. Neque possum Viro Clariss. Legraverend assentiri qui contendit, conatum falsi per suppositionem personarum perficiendi poena delicti ordinaria in omni casu esse puniendum, etiamsi casu fortuito et ab agentis voluntate non pendente, documentum conficiendum a publico munere fungentibus nondum fuerit *inchoatum*; qua in re non solum ab usu fori discedit sententia Clarissimi Viri, sed etiam ab ipsa mente Legumlatoris. In aliis falsi speciebus ex praxi ubique recepta conatus ex

(1) Cf. res judicatas apud Sirey, XII. Part. I. 399. XVII. Part. I. 95. VI. Part. II. 580. VII. Part. II. 253. IX. Part. I. 86. XIV. Part. I. 274. Idem, Cod. pén. annoté, ad art. 147. nr. 58. 46. 54. 23. 24.

(2) Cf. Sirey, Cod. pén. annoté, ad art. 147. Alia huc pertinentia exempla vide apud Sirey, tableau alphabétique des arrêts jusqu'en 1820, sub voce *faux*, n. 106. Arrêt de la cour de Cassation du 9 Juillet 1807. — Sirey, IX. Part. I. 86.

articul. II punitur (1), quin dicere vellem, hoc esse legibus contrarium. Neque etiam mihi in animo est infitiari, juste puniri *falsi conatum*, licet saepius id quod *falsum consummatum* dicitur, per se tantum *laesionis conatus* sit, sive tantum ratione *mali futuri* prohibitum esse intelligi debeat. Sufficiet mihi demonstrasse, certum principium ex quo omnes hi casus dijudicari debeant, in Codice nostro deesse. Et cum in singulis casibus sine dubio Legumlator facti quod ex Codice pro *consummato crimine* habendum est, conatum puniri noluerit, quia factum illud ipsum non nisi respectu mali futuri prohibitum est; in omnibus factis, quae quin iis *malum effectum* est, per se tamen tamquam *consummata crimina* considerantur, in dubio potius de eorum factorum conatu puniendo non ulterius sermonem esse posse, crediderim. Hinc, licet non injusta per se sit punitio ejus, « qui dans le dessein de faire circuler des lettres de change en a fait graver les modèles sur les traites originales des banquiers dont il se propose d'emprunter les noms et de contrefaire les signatures; » dubitari tamen potest, num sententia in hac re lata a Curia Cassationis, 4. Sept. 1807 (2), omnino fuerit Legumlatoris menti consentanea? Adeoque qualecunque momentum admittatur, a quo hujus criminis exsecutio *consummata* sit cen-

(1) Exemplum conatus confectionis falsi testamenti reperitur apud MERLIN, répert. de jurispr. Vol. XIII. pag. 480. Arrêt de Cassation du 2 Frimaire, an XII. — SIREY, IV. Part. II. 207.

(2) SIREY, IX. Part. I. 70. Idem, Code pénal annoté, ad articul. II. n. 15 et ad articul. 147. n. 36.

senda, dubitari potest, num illo facto *inchoata* possit adpellari exsecutio, et certe laudata sententia Curiae Cassationis ad omnia similia facta adplicata, ad exitum Legumlatoris menti minime consentaneum perduceret, atque ab ipsa Juris Criminalis ratione alienum. Idem etiam sentire videtur Bexon (1) his verbis: « d'après les justes expressions de la loi, qui pour faire juger de la certitude des tentatives des crimes, expliquent qu'il faut qu'elles soient manifestées par des actes extérieurs, suivies d'un commencement d'exécution et qui n'aura été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de leurs auteurs, il ne faut pas croire *qu'elles puissent s'appliquer indifféremment à toute espèce de crime*; *parce que tous ne sont pas susceptibles d'un commencement d'action*, et de cette suspension fortuite et indépendante qui annonce que le crime étoit commencé, et que, sans ces circonstances fortuites, il alloit être consommé.» Ceterum, ut equidem censeo, omnia haec dubia minuere, ne dicam penitus evitare potuisset Legumlator, si loco distinctionis in artt. II et III factae sequentem constituisset differentiam: I. In omni casu ubi factum *per se laesionem constituens*, tanquam crimen vel delictum lege punitur, ejus facti conatus quoque in poenam incidat. II. Ubi vero factum punitur *ratione laesionis inde oriturae*, ejus facti conatus tantum punitur, si speciatim hoc lege est constitutum. Tunc Legumlator in delictis posterioris

(1) Parallèle du code pénal d'Angleterre, pag. 145. Cf. etiam Merlin, sub verbo *faux*, sect. I. § 21. Vol. V. pag. 155 et seq., ubi egregie de ea re disputatur. — Rebmann, p. 163.

generis, quorum, velut criminis falsi, conatum puniri voluisset, de puniendo conatu specialem sanctionem addere debuisset, et simul definire, quando delictum *pro consummato* esset habendum. Eo enim quod hoc definitum non est in ejusmodi criminibus, eo minus quid in iis pro *initio exsecutionis* habendum sit, dici potest, et hinc multa dubia nasci deberent, etiamsi hoc extra omnem dubitationis aleam positum esset, num omnino in ejusmodi criminibus initium exsecutionis sive conatum punire voluerit Legumlator.

Ex eo quod ad conatus poenam irrogandam requiritur actus exsecutionem inchoans, per se intelligitur, mandatum ad crimen perficiendum datum, cujus exsecutio a mandatario non saltem fuerit inchoata, regulariter nulla poena posse affici, etiamsi ex sola mandatarii voluntate, et caussa a mandante omnino non pendente, exsecutio locum non habuerit. Si tamen mandatarius crimen jam *tentavisset*, sed res exitu caruisset praeter mandantis voluntatem, hic etiam puniendus esset (1). A fortiori is qui delictum alteri mandare conatus fuerit, e. g. epistolam scripserit ad caedem alteri mandandam, quae vero casu ad alterum non pervenerit, a poena erit liberandus. Monendum etiam est, solas minacias, licet eas tamquam propria delicta noster Codex in articulo 315 et sequentibus tractaverit, interdum tamquam conatus proximos alicujus criminis, sive tamquam initia exsecutionis ex mente Codicis nostri considerari posse, eumque qui iis usus fuerit

(1) LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 97.

ad crimen aliquod perficiendum, poena ejus criminis consummati ordinaria affici (1). E. g. ex articulo 400 Cod. poenar. qui vi, violentiis aut coactu obligationem alteri extorserit, punitur poena operis temporarii, si quis vero obligationem minis extorquere tentaverit, ex articuli II sanctione in articuli 400 poenam incidet; nam minis ille usus est tamquam medio ad consummandum crimen idoneo, non amplius igitur se continuit in factis delictum mere praeparantibus, sed usque ad conatum proximum progressus est, et ideo exsecutionis initium fecit, ex sententia art. II. Hoc eo magis admittendum est, quod vis psychologica quae minis inest, subinde non minus efficax sit ad delicti exsecutionem, quam vis physica, et non sane melioris conditionis is est qui obligationem extorquere minis conatus est, quam qui idem crimen consummare voluit aliis mediis, de quibus sermo erat in judicio celebri Curiae Cassationis 6. Februarii 1812 (2). Observandum denique est, plurima esse facta dolosa poenis infamantibus ex Codice nostro afficienda, quae in veris laesionibus consistunt, et quorum conatus nihilominus non possunt puniri ex articulo II, e. g. in articulo 309 ejusdem Codicis qui sic sonat: « sera puni de la réclusion tout individu qui aura fait des blessures ou porté des coups, s'il est resulté de ces actes de violence une maladie, ou une incapacité personnelle de travail

(1) SIREY, I. Part. II. 30. Idem ad art. 3. Cod. poen. nr. 2.

(2) DENEVERS, X. Part. I. 337. — MERLIN, répertoire, sub voce *tentative*, editio recent. Vol. XIII. pag. 472 et seq. Exposé des motifs de l'art. 305 et suivans du Code pénal. — SIREY, XII. Part. I. 97.

pendant plus de vingt jours. » Ex quibus verbis per se intelligitur, de criminis in eo articulo nominati conatu puniendo non posse esse sermonem, et de ea re egregie disputavit Bexon (1), ratione habita Juris ante 1810 vigentis quod ab hodierno in hoc argumento non multum differt.

§ IV.

An adminicula adhibita ad maleficium perficiendum, neque vero idonea, ad poenam ex art. II. irrogandam sufficiant?

Satis diximus de factis quibus posset dici initium executionis constitui, sed ex Codice nostro insuper requiritur, ut conatus consistat in usu adminiculi ex quo laesionis effectus saltem evenire poterat. Equidem fateor, nullibi hoc praeceptum in legibus nostris expresse statutum esse, illud tamen ex Codicis sententia sequi videtur, praesertim ex art. 301 Cod. poenarum : « est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, *par l'effet de substances qui peuvent donner la mort* plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites. » Si autem in gravissimo veneficii crimine cujus fere solius conatus ex Codice anni 1791

(1) Parallèle du Code pénal d'Angleterre, pag. 146 et 147. Idem, Code de sureté, rédigé en projet pour le royaume de Bavière, Part. II. pag. 13 et 14, ibid. Lib. V. art. 124.

ut crimen consummatum puniebatur, et quod a nostris Legumlatoribus ut atrocissimum consideratur, ad poenae applicationem requiritur, ut ex corpore, necandi animo alteri suppeditato, mors evenire potuerit; a fortiori videtur esse absolvendus is, qui in delictis quae a Codice leviora censentur, mente exsecutionis initium faciendi, ad perficiendum crimen adminiculo usus fuerit quo spectata laesio evenire non potuit (1). Neque distinguendum esse videtur, utrum quis erraverit in qualitate medii, an circa medii applicationem, prout loqui solent Auctores, utrum e. g. aliquis incantationibus usus fuerit ad hominem occidendum, illis hoc effici posse falso credens, an vinum alteri bibendum dederit cui venenum inesse falso existimaverit. Aliquo modo etiam hoc inesse puto verbis *commencement d'exécution*, quibus verbis naturalis nexus inter adminiculum exsecutionis et exsecutionis effectum indicari videtur, et forte ex hoc principio conatum partus abigendi non puniri voluerunt ii qui Codicem scripserunt, quia ex principiis Medicinae Legalis abortionis poculo dato non eadem certitudine ac dato veneno dici potest; num spectatus eventus sequi potuerit remedium adplicatum (2). Cognata huic quaestioni, licet ab ea diversa, est alia, num is in poenam conatus possit incidere, qui quidem medio est

(1) Exposé des motifs de l'article 301 du Code pénal. — Carnot, ad artic. 301 du Code pénal, nr. 4. et 5. Vol. II. pag. 31 et 32.

(2) Exposé des motifs de l'article 317 du Code pénal. Legraverend, Vol. I. pag. 95 et 96. et in notis ibidem. Destriveaux, essai sur le Code pénal pag. 126.

usus idoneo ad eam laesionem quam spectavit, *in genere* efficiendam, momento vero, ubi ea laesio *in specie* non potuit effici? — Siquis v. g. necandi animo gladio percusserit hominem jam mortuum quem adhuc vivum credidit, num ille homicidii conatum fecisse intelligi poterit ex mente articuli II? Equidem non crediderim, saltem infanticidii poena non irroganda esse videtur ex ipsis verbis Codicis, si infans mortuus natus fuerit, licet necandi animo in partum saevierit mater, et hac mente etiam judicavit Curia Cassationis (1), unde recte Sirey (2), « pour qu'il y ait crime d'infanticide, il faut qu'il soit établi que l'enfant prétendu homicidé était né vivant. » Attamen eadem Curia judicatum est, poena conatus furti puniri posse eum qui deprehensus fuerit in scrinio aperiendo, in quo se pecuniam inventurum esse falso speraverat (3).

§ V.

De conditionibus quae art. II. requiruntur ad conatum puniendum.

Adhuc examinavimus, quid sit conatus criminis in ger-

(1) Arrêt de Cassation du 22 Janvier 1808, Bulletin criminel, 1808, Tom. XII. pag. 24. Arrêt du 30 Juin 1808, Bulletin criminel, Tom. XIII. pag. 298. — IMBERT, de infanticid. pag. 21.

(2) Cod. pénal annoté, édition de 1824; ad articulum 300. Cod. poenar.

(3) Arrêt de la cour de Cassation du 29 Octobre 1813. — SIREY, Tom. XVI. Part. I. 23. Idem, Code pénal annoté, ad art. 2. Cod. poen. n. 22. — MERLIN, sub v. *tentative*, Vol. XIII. pag. 480. — LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 98, in nota 5.

mano Codicis sensu; nunc autem amplius est disquirendum, quid requiratur, ut conatus puniri possit, sive quae sint ejus puniendi conditiones. Eae vero his verbis articuli II. exprimuntur : « la tentative est considerée comme le crime même, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur (1). » Facile intelligitur, ultima verba : *ou indépendantes de la volonté de l'auteur*, omnino esse superflua, cum verba *circonstances fortuites* jam indicent momenta ab agentis voluntate non pendentia. Sed quaeritur, quandonam conatus non habuisse effectum dici possit ex solo casu fortuito? Si haec verba intelligerentur prout prima fronte videntur esse intelligenda, is tantum ex capite conatus puniri posset qui tale factum commisit, ut non amplius ab illius voluntate penderet, effectum facto suo intentatum impedire, sive qui id commisit quod delicti perfecti nomine quidam a delicto consummato distinguunt, velut si quis exoneraverit sclopetum in inimicum, neque plumbum alterum ferierit. Nam in ejusmodi casibus tantum merito dici posse videtur, conatum *solis* momentis fortuitis non evenisse, contra etiam si quis jam manus extenderit ad alterum letali ferro percutiendum, et casu fortuito in consummando crimine impeditus fuerit, non omnino recte dicitur *solo* casu fortuito

(1) Carnot, ad articul. 221. Codic. criminal. Vol. I. pag. 646 et seq. Idem, ad articul. 2. Codic. poenar. pag. 13. — Lefevere, pag. 27. — Beke, de supplicio infanticidar. pag. 19 et 20. — Philipse, pag. 72, 89 et 105. Merlin, Vol. XIII. sub voce *tentative*, n. 1 et 2. pag. 461 et seq. — Legraverend, Vol. I. pag. 94. Exposé des motifs de l'art. 2. du Code pénal.

crimen non esse consummatum, quia fieri potuisset, ut illo casu non interveniente ipse conatus auctor se abstinuisset a crimine consummando, manum homicidam retrahendo. Sed si ita articuli nostri verba essent interpretanda, admodum rara ex illo quis in judicium posset vocari (1). Cum enim in plurimis criminibus usque ad ipsam consummationem ab executione inchoata propria voluntate recedere possit delinquens, velut in furto, et nullum factum cogitari in ejusmodi criminibus possit ad consummationem ita accedens, ut eo commisso non amplius ab ejus facti auctore pendeat, utrum eventus sequatur, an non; in plurimis criminibus de conatu puniendo sermo esse non posset, quod vero minime est admittendum; et licet huic interpretationi verba adnuerent, ex sententia legis prorsus aliud foret dicendum. Ipsa tamen verba articuli II. satis indicant, legumlatorem etiam loqui voluisse de conatu criminis, cujus consummatio casu fortuito impedita ab ipso conatus auctore adhuc potuisset impediri. Saltem verbis : *qui n'a été suspendue que par des circonstances fortuites*, supponi videtur delinquens qui *inchoavit* quidem executionem, sed eam nondum ita *perfecit*, ut nihil amplius poenitentia valeret, et fortasse haec verba scripta sunt ratione primi gradus conatus proximi, verba autem : *qui n'a manqué son effet que par des circonstances*

(1) Admodum coarctare articuli II. sensum videntur PHILIPSE, pag. 106, et WINTGENS, pag. 101, collata cum nota ibidem. — Cf. MERLIN, sub verbo *tentative*, n. 1.

(2) Ita opinatur LEFEVERE, pag. 27. — Cf. PHILIPSE, pag. 92, cui adversari videtur pag. 106.

fortuites, ratione criminis perfecti quod vocant, ita ut utrumque comprehendere voluisse legumlator censeri debeat. Porro ex art. 17. Leg. 25. Frimair. anni VIII. patet, Legem 22. Prair. anni IV. ad furta simplicia esse extensam, et ipsam hanc legem ad furta pertinere, ex ejus verbis patet, quamvis in ea quoque occurrant verba : « si elle *n'a* été suspendue *que* par des circonstances fortuites. » Sic enim in ejus exordio dicitur : « *considerant que le Code ne prononce aucune peine contre les tentatives de vol, de l'incendie et des autres crimes.* » Ceterum, ut jam dictum est, desunt verba *ou n'a manqué son effet*, quae in articulo nostro leguntur. Nostrae sententiae etiam favet Bexon (1), his verbis : « ce développement de la loi dans le concours des faits exigés pour constater la tentative de crime, s'applique particulièrement *aux tentatives de vol*, où l'auteur est surpris en commençant *l'acte de vol ou celui qui l'y conduit*, aux tentatives de contrefaçon de monnaie, en trouvant chez quelqu'un ou sur lui les instrumens propres et destinés à en faire. » Ex ejus sententia Lex 22. Prair. anni IV, quare etiam art II. Codicis nostri ad omnia crimina refertur, etiamsi in iis factum cogitari nequeat, quo commisso non amplius ab agentis voluntate pendeat, utrum laesio eveniat, an non. Hinc de conatu *criminis* furti ex Codice nostro puniendo nullum dubium esse potest, et recte saepius ita judicatum est (2), eoque rectius, cum de

(1) Parallèle du code pénal d'Angleterre, pag. 145, ibidem pag. 355, 566 et 382.

(2) Arrêt du 29 Octobre 1813. — SIREY, XIV. Part. I. 13. Idem, Code pénal annoté, ad artic. 2. n. 22. — MERLIN, sub v. *tentative*, Vol. XIII. pag. 480. CARNOT, ad artic. 2. Cod. poen. § 14. Vol. I. pag. 16.

ipsius furti tamquam *delicti* conatu puniendo in art. 401, de alius similis delicti conatu coërcendo diserte art. 401 sermo sit. Quare etiam recte judicatum esse videtur, quod his verbis refertur a Sirey (1) : « il y a commencement d'exécution du crime d'extorsion de billets, si les billets ont été écrits d'avance, si tous les apprêts de la violence ont été faits, si la victime a été dirigée vers le lieu de l'exécution; *peu importe qu'au moment de l'obstacle survenu, il y eût encore possibilité au repentir.* »

Ex his omnibus patet, ex sententia Legumlatoris consummationem criminis *solummodo* momentis fortuitis impeditam censeri debere, si ex aliis caussae circumstantiis non possit erui, auctorem conatus effectum intentatum ipsum fuisse impediturum, etiamsi caussae externae quae praeter illius voluntatem evenerunt, non accessissent. Hinc etiam credo, inchoata exsecutione criminis, eaque casu fortuito impedita, conatus auctorem, si probaverit se a consummatione proprio motu fuisse destiturum, etiamsi illa momenta non intervenissent, absolvi posse. Si autem haec erat revera Legumlatoris mens, dicendo : « qui *n'a* manqué son effet *que* par des circonstances fortuites; » fortasse dixisset melius : « s'il ne conste pas que nonobstant des circonstances fortuites qui sont survenues, l'auteur se seroit dé-

(1) Code pénal annoté, ad art. II. nr. 10. Arrêt de la cour de cassation du 6 Février 1812. — SIREY, XII. Part. I. 97. — DENEVERS, X. Part. I. 337. Journal du palais, XXIII. 369. Cf. oratio in hac caussa habita a MERLIN, répertoire de jurispr. sub voce *tentative*, n. 6. Vol. XIII. Videatur tamen et oratio habita a LOYSEAU, apud DENEVERS, 1812. Part. I. pag. 340.

sisté volontairement de son projet.» Ex iis quae adhuc diximus, porro sequitur, eum qui libere delicti conatum ipsumque proximum suspendit, et a criminis consummatione se abstinet, nulla poena ex art. II. affici posse (1). Hoc principium etiam egregie exposuerunt ipsimet Legumlatores his verbis : « il était inutile d'ajouter la disposition de cette même loi de 1791 qui porte que, si avant que l'empoisonnement ait été effectué ou avant que l'empoisonnement des aliments ou breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant les aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté. Cette disposition étoit nécessaire lorsqu'elle fut adoptée, parce qu'alors il n'existait aucune loi sur les tentatives de crimes. Mais l'article 2 du nouveau Code qui les prévoit et les définit, *annonce assez qu'aucune de ces tentatives ne sera considérée comme le crime même*, lorsqu'elle aura été arrêtée par la volonté de l'auteur, et non par des circonstances fortuites et indépendantes de sa volonté (2). » Illud etiam auctoritate rerum judicatarum confirmatum est (3). Legumlatores Reipu-

(1) Cf. MITTERMAIER, Heidelberger Jahrbücher der Litteratur, 1824, pag. 657 in fine, et 658 initio. — PHILIPSE, pag. 105.

(2) Exposé des motifs de l'art. 301 du code pénal.

(3) Arrêt de cassation du 14 Février 1812. — LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 98 in fine, et 99 initio. Bulletin des arrêts de la cour de cassation, du 23 Mars 1815. n. 19 et du 22 Décembre 1815. n. 68. — SIREY, XV. Part. I. 220. Arrêts du 9 Janvier et du 2 Avril 1812. — SIREY, XII. Part. I. 243. — MERLIN, Vol. XIII. sub v. *tentative* n. 1 et 5. — MÉJAN, causes célèbres, Vol. II. pag. 247.

blicae Cisalpinae vero qui, ut supra retulimus, anno V. Reipublicae imitati sunt Legem Gallicam 22. Prair. anni IV, auctorem conatus libera voluntate suspensi saltem *via correctionis* puniri voluerunt.

Sed omnino magni momenti quaestio est, si auctor conatus a delicto consummando propria voluntate recessit, an judices respicere possint ad caussam quae movit delinquentis voluntatem, si v. g. delinquens propter rumorem casu fortuito in aedibus ortum se proditum existimasset, et a consummatione criminis recessisset, an posset ille dici proprio motu ab exsecutione recessisse, an igitur foret absolvendus? Haec quaestio movebatur in caussa celebri viduae Levaillant (1), sed in eo judicio non soluta est, quia jurati responderunt, initium exsecutionis non adfuisse, neque etiam constabat omnino de caussa quae moverat mulierem, ut ab exsecutione recederet. Ceterum ea quaestio non caret difficultatibus, et ex quorumdam sententia in eo casu puniendus est delinquens eodem modo ac si momentis fortuitis desistere fuisset coactus. Nam, aiunt, qui delictum inchoatum non perficit, quia videt suum consilium patefactum iri, et se mox in flagranti delicto iri deprehensum, non revera plenissima ac liberrima voluntate, id est, nulla vi extrinsecus adveniente coactus, a delicto persequendo se abstinet, sed potius recedere videtur ex caussa ab ejus voluntate non pendente. Recessit

(1) Arrêt de cassation du 11 Mai 1811. — SIREY, XI. Part. II. 410. Table alphabétique des arrêts jusqu'en 1820, sub v. *tentative*.

quidem delinquens, sed non libera voluntate; casus enim fortuitus subito superveniens caussa fuit, qua motus suspendit conatum. Porrò si in hoc quoque casu admitteretur impunitas conatus, quivis delinquens qui videret crimen inchoatum exitum sortiri *non posse* consilio suo disciplinae publicae ministris noto, jam dicendo, se ab eo consummando recedere, justam poenam posset a se avertere. Quare etiam ait Wintgens (1) : « nunquam mens legum esse potest, illum impune abire, qui ubi in delinquendo versatur, metu sive ficto sive vere tali, ne quis in delinquendo ei superveniat, vel ne apprehendatur in flagranti, statim fugit simul atque aliquid audiat, aut audire se putet quod metum ipsi incutiat, et ideo delictum, quod ceteroquin sine dubio perfecisset, non consummavit ; talis etiam metus talisque fuga secundum Juris Criminalis principia nunquam ratio potest haberi, quare poena ordinaria mitigetur. » Altera ex parte argumenta varia adtulit Couture, patronus viduae Levaillant (2), dicens : « La loi du 22 Prairial an IV, assimile la tentative du crime au crime consommé, lorsqu'elle a été suspendue par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté. Or les circonstances n'ont été fortuites et indépendantes de la volonté, que quand la volonté n'a point été manifestée. Toutes les fois que la volonté a été manifestée, les juges n'ont pas le droit d'aller jusqu'à examiner, par quels motifs elle l'a été. La loi declare que l'exécution, quoique suspendue, est

(1) Disp. laud. pag. 125.

(2) Ejus oratio invenitur apud SIREY, Vol. XI. pag. 411 in fine, et 412. Cf. MÉJAN, causes célèbres, Tom. XI. pag. 494 et 455.

toujours considérée comme le crime lui même, lorsque la suspension a été produite par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté; elle ne dit point que, quand la volonté a été manifestée, si elle l'a été par des motifs, par des causes quelconques survenues qui ne tiennent point au remords et au repentir, la condamnation sera prononcée. Non, la volonté est intervenue, l'accusé a intimé l'ordre de suspendre; c'est tout ce qu'il faut; nous n'examinerons point, si la volonté ainsi manifestée a été determinée par tels ou tels motifs. C'est ainsi, par exemple, que l'on considéreroit comme des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté dans les termes de la loi, lorsque l'amorce n'a point pris à l'arme à feu, dont on vouloit se servir pour tuer quelqu'un, lorsque la corde destinée a suspendre quelqu'un, s'est cassée, lorsque l'allumette qui devoit faire éclater l'incendie, a été éteinte ou emportée par le vent, lorsque le vase qui contenoit le breuvage empoisonné, a été renversé par une circonstance étrangère; ce sont là des circonstances indépendantes de la volonté. Mais toutes les fois qu'il est clair que la volonté a été émise, et qu'il a été dit par la personne accusée qu'elle entendoit qu'il y eût sursis, lorsqu'il y a eu des instances pour demander le poison, et qu'elle a dit qu'elle renonçoit à tout, vous ne pouvez examiner, par quels motifs elle a été déterminée; ils peuvent être secrets, ils peuvent être bons, vous ne pouvez deviner ce qui se passe au fond du coeur.» Ab hac vero sententia discedit Sirey, (1) et licet contra per-

(1) Vol. XI. pag. 410. — Cf. MITTERMAIER, Heidelberg. Jahrb. l. l. pag. 30*

fectam impunitatem in eo casu rationes non spernendae adferri possint, eam tamen ex sententia art. II. potius concedendam esse crediderim. Regula est igitur Codicis nostri, ut jam diximus, delinquentem etiam conatu proximo commisso impunem recedere posse, et tunc tantum puniri, si laesio intentata praeter ejus voluntatem effectu caruit (1). Quare etiam, siquis talem conatum fecisset qui delicti perfecti nomine a consummato distinguitur, et postea ad facti sui eventum impediendum ipse contulisset suam industriam, propter conatum ille puniri non posset. In eo enim casu dici non posset conatus solo casu fortuito eventu caruisse, cum ipsa agentis voluntas ad laesionem impediendam contribuisse dicenda foret, nec obstat articul. 301 Cod. poen. ex quo poena veneficii afficiendus est is qui conatum veneficii proximum commisit, nulla habita ratione eorum quae ex tentamine orta sunt; nam hic casus exceptionem a regula generali constituere videtur propter gravitatem criminis, et in hoc ipso crimine siquis alteri venenum dederit, necandi animo, postea poenitentia ductus adsciverit medicum, talemque industriam praestiterit, ut alterius vita servaretur, quae sine

657. — OERSTED, Grundregeln, pag. 160, und Prüfung des neuen Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch für Baiern, Kopenhagen 1823, pag. 158. Videatur etiam MERLIN, sub v. *tentative*, Vol. XIII. pag. 479 et 480. — REBMANN, pag. 152. 153. 154. — Collezione dei travagli sul Cod. pen. pel regno d'Italia, Vol. III. pag. 248.

(1) MÉJAN, causes célèbres, Vol. XI. pag. 247. — PHILIPSE, pag. 72. Arrêt de la cour de cassation du 25 Juillet 1817, Bulletin criminel 1817. pag. 176. — SIREY, Code pénal annoté, ad art. II. Cod. poenar. n. 14.

ea industria perdita fuisset, num ille poena veneficii sit puniendus sine remissione, ambigi posset. Ceterum sunt quidem casus in quibus proximo conatu semel admisso poena criminis applicanda est, etiamsi propria voluntate suspendatur exsecutio; id observatur in criminibus contra internam aut externam civitatis securitatem; sed ad argumentum nostrum non pertinet adcurata horum casuum expositio.

Una superest quaestio; an scilicet ex articulo II. punitur conatus qui in sola omissione consistit, v. g. si mater infantem occidere volens denegare ipsi alimonia coeperit? Ex Codice nostro a poena ejusmodi conatus absolvendus esse videtur; saltem dubitare licebit, num legumlator sub verbis *manifestée par des actes extérieurs* etiam omissionem intelligere voluerit? Omissio quidem *externe* apparet, sed an voce *acte* quoque ea contineatur, dubitandum est, et in casu dubii mitior interpretatio praeferenda. Porro conatum *delictorum* quae in specie ita vocantur, tentatumque crimen abortus non puniri voluerunt Codicis auctores, quia noxiae notae in his conatibus nondum satis essent distinctae, nec ex iis agentis voluntas satis dignosci posset (1). Ex iisdem rationibus nec solae omissiones unquam in conatus poenam incidere poterunt, utpote ex quibus itidem cum certitudine

(1) Exposé des motifs de l'art. 3 et de l'art. 317 du Code pénal. Rapport au nom de la commission du corps législatif sur le Livre I du code pénal, à l'article 3. — LEFEVERE, pag. 29. — LEGRAVEREND, pag. 94 in notis, et 96. — MERLIN, sub voce *tentative*, § 2. Idem, sub voce *escroquerie*, § 12. — DENEVERS, Vol. VIII. Part. I. pag. 70.

erui delinquentis intentio nequit. Tandem, cum solummodo puniendus sit ille conatus qui solis momentis fortuitis suspensus est, nunquam sane dici poterit, hoc revera locum habuisse in conatu in mera omissione consistente (1).

§ VI.

Examinatur quid obtineat deficiente aliquo momento, ad puniendum conatum lege requisito.

Si unum ex momentis ad puniendum conatum lege requisitis deest, omnis poenae applicatio cessat. Unde, cum ex articulo 231 Codicis Criminalis accusatio non sit admittenda, nec reus de crimine in accusationem deduci possit, nisi ob factum quod a legibus tanquam *crimen* consideratur, cum praeterea, ex articulo 241 ejusdem Codicis, in libello accusationis debeat contineri natura delicti quo nitatur accusatio, omnisque facti circumstantia ex qua asperari possit poena aut minui, per se patet, non sufficere ad justam accusationem quod delinquens dicatur conatus accusari, sed etiam addendas esse omnes notas quae in articulo II, requiruntur ad conatus poenam irrogandam. Hae enim notae essentiam criminis conatus constituunt, ideoque si quid eorum quae ad notionem legalem conatus necessaria sunt, in libello accusationis deest, nulla est et inefficax accusatio (2). Idem obtinet, si judices de

(1) BEKE, pag. 21. — IMBERT, de crimine infanticidii pag. 55.

(2) Arrêts de la cour de cassation du 9 Janvier et du 2 Avril 1812, du 25

facti veritate judicantes, accusatum conatus alicujus criminis convictum declarant, neque in declaratione sua mentionem faciunt momentorum quae ex articulo secundo in notione conatus essentialiter continentur; non enim quivis conatus criminis in genere punitur, sed solummodo is qui continet omnes notas quae a lege requiruntur. Nec praesumi possunt de facto judicantes et aliquem conatus convictum declarantes sine verbali mentione singulorum conatus momentorum talem conatum intellexisse, qualem lex in specie conatum adpellat, et denique alia in lege ipsa quasi *constituentia* conatum, alia quasi *conditiones* ad puniendum conatum necessariae requiri videntur. Illud igitur a Curia Cassationis 9. Januarii 1822 judicatum : « attendu qu'il ne peut être dressé d'acte d'accusation que sur un fait qualifié crime par la loi, et que la tentative n'est considérée comme le crime même que lorsqu'elle réunit toutes les circonstances prevues par la loi, » licet tantum ratione libelli accusatorii pronuntiatum sit, aeque ad juratorum declarationem pertinet. Quare ex eodem principio, si judicantium de facto declaratio aliquo vitio in ea re laborat, omnino nulla est sententia condemnatoria quae ejusmodi declaratione nititur, et ex hac caussa plurimae Cu-

Octobre 1813, du 26 Juillet 1811, et du 17 Février 1820. — SIREY, XI. Part. I. 281. Idem, Code pénal annoté, ad articul. 2. n. 11. Arrêt du 14 Février 1812. — DENEVERS, IX. Part. I. pag. 466. Idem, année 1812. Part. I. pag. 336 et 337. — CARNOT, ad art. 221. Cod. crim. pag. 647. Vol. I. Idem, ad art. 2. Cod. poen. — LEGRAVEREND, pag. 98 in fine, et 99 initio. — PHILIPSE, pag. 107. — MERLIN, répertoire, sub voce *acte d'accusation*.

riarum Criminalium sententiae rescissae sunt, vel quia non constabat ex juratorum responsione, exsecutionem delicti revera fuisse inchoatam, vel quia eventu caruisse conatum solo casu fortuito et ab agentis voluntate non pendente, non patebat (1). His sententiis judiciariis satis confirmari videtur id quod jam superius indicavimus, vocabuli *tentative* significationem vulgarem non quadrare in eam quae legis est, sive voce *tentative* ex communi usu loquendi etiam indicari facta quibus non constitueretur initium exsecutionis, licet sola cogitatio eo verbo non demonstraretur. Quare etiam ubi responderunt jurati, factum esse conatum, judicatum est saepius, non esse necesse, ut insuper adderent reum manifestasse suum propositum actibus externis, quum conatus dici non potest sine factis externis. Item, si in declaratione juratorum

(1) Arrêt de la cour de Cassation du 23 Mars 1815. — SIREY, XV. Part. I. 220. Journal du Palais XLIII. 188. Arrêt du 9 Janvier 1812 — SIREY, XII. Part. I. 243. Idem, Code pénal annoté, ad art. 2. n. 12 et 16, et ad articul. 221. Cod. quaestionum criminal. Arrêts de la cour de Cassation du 18 Avril et du 26 Octobre 1816. Journal du Palais 1817. pag. 239. CARNOT, ad art. 2. Cod. poen. Vol. I. pag. 13 et 14, ad art. 88. Vol. I. pag. 256 in fine, et 257. Idem, ad articul. 517. Cod. poen. Vol. II. pag. 57. Idem, ad articul. 331. Vol. II. pag. 96. Idem, ad artic. 221. Cod. crimin. Vol. I. pag. 646. — MERLIN, sub v. *tentative*, n. 5. — BERRIAT ST. PRIX, pag. 60 in notis. — LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 98 et 99. Die 25 Novemb. 1808 recissa est sententia, quia jurati non dixerant, conatum exitu caruisse solis momentis fortuitis. — SIREY, IX. Part. I. 399. — DENEVERS, X. Part. I. 337. Journal du Palais XXXIII. 445. Arrêt du 16 Octobre 1817. Journal du Palais 1818. pag. 81. — BOURGUIGNON, Manuel d'intruction criminelle, Paris 1811, Vol. II. pag. 191. Idem, ad articul. 2. Codic. poen.

dictum est, factum esse initium exsecutionis, satis constare visum est, reum etiam facta externa commisisse, nam sine eis exsecutio delicti non potest inchoari (1). Contra ex eo quod dicunt jurati, conatum esse commissum, sive consilium actibus externis manifestatum esse, atque rem solummodo casu fortuito successu caruisse, non sequitur, inchoatam fuisse exsecutionem. Aliter quidem ab initio judicaverat Curia Cassationis (2), mox vero, sentiens sine dubio non quemvis sua sponte conatum adpellare hoc solum quod lex in sensu strictiori ita adpellari voluit, priorem suam sententiam mutavit illa Curia (3). Ceterum non necesse est, ut in ipso facti judicio ipsius initii exsecutionis *verbatim* fiat mentio, modo aliis verbis utantur judicantes, quibus *eadem sententia* continetur. Quare etiam, cum responsum esset, delinquentem conatum homicidii fecisse *exonerato sclopetò*, visum est satis indicari hac declaratione, non solum actibus externis ad delictum tendentibus innotuisse consilium, sed etiam exsecutionis initium locum habuisse (4). Aliis quoque verbis eadem vis esse potest atque potestas (5).

(1) Arrêt du 22 Janvier 1813. — SIREY, XVII. Part. I. 89. Idem, Code pénal annoté, ad articul. 2. n. 19 et 20. Arrêt du 1 Juillet 1813. — SIREY, XVII. Part. I. 89.

(2) CARNOT, ad art. 2. Cod. poen. Vol. I. pag. 14, in fine. Arrêts du 22 Avril 1811 et du premier Juillet 1813.

(3) Arrêt de la cour de Cassation, du 25 Octobre 1816. Bulletin criminel, Tom. XXI. pag. 190. — SIREY, ad articul. 2. Cod. poenar. n. 13.

(4) Arrêt du 22 Août 1811. — SIREY, XVII. Part. I. 89. Idem, Code pénal annoté, ad articul. 2. n. 2.

(5) Arrêt du 8 Août 1817. Journal du palais 1817, pag. 170.

Si vero unum tantum ex iis quae requiruntur art. II, conatui deesse declaraverint facti judices, reus in omni casu absolvendus est, nec nova illorum declaratio provocari potest sub praetextu, priorem non sufficere. Etenim si v. g. judicatum est, non ex solis momentis fortuitis exitu caruisse tentamen, tunc factum nulla lege sub poena prohibitum et reus dimittendus est (1). Superest una quaestio quae ullius momenti esse videtur, ad art. 331 Cod. poen. pertinens, his verbis conceptum : « quiconque aura commis le crime de viol ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence contre les individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la reclusion. » Oritur scilicet quaestio, an, ut propter conatum stupri violenti aliquis puniri possit, illius factum habere debeat omnia momenta quae in articulo II. ad puniendum conatum requiruntur, et jam stupri violenti executio inchoata esse debeat, an vero conatus remotior et simplex tentamen sufficiat? Pro posteriori sententia dici posse videtur, ex articulo crimen attentatae per vim pudicitiae, quod per se nihil aliud est ac stupri violenti conatus, jam pro *crimine consummato* haberi, et hinc cum amplius sermo sit in eo articulo *d'un attentat tenté*, ergo aliquo modo de *conatu conatus*, in facti principalis meram praeparationem animadverti; nec Legumlatorem verbo *tenté* hic alia mente usum esse ac ut derogaret articulo II, sicut etiam articulo 88. illi

(1) Art. 350, 358 et 364 du Code d'instruction criminelle. Arrêt de la cour de Cassation du 25 Juillet 1817. Journal du palais, 1818, pag. 85. Bulletin criminel, Tom. XXII. pag. 176. — SIREY, ad articul. 2. Cod. poenar. n. 14. — PHILIPSE, pag. 100. — LEFEVERE, pag. 27 in fine, et 28 initio.

expressis verbis derogatum est. Simili etiam mente quondam judicatum est (1), sed aliquatenus iterum ab hoc jure recessum (2). Recte etiam observavit Carnot, articulo 331, licet una tantum poena sit constituta, de duobus tamen diversis criminibus sermonem esse, neque quod de uno diceretur, ad alterum quoque pertinere, et etiamsi omnino recte judicatum esset ita, « que *la tentative violente* d'un attentat à la pudeur renferme par elle-même les circonstances exigées par l'article II, » attamen non aeque recte dici, eo quod quis judicatur vim fecisse ad stuprum committendum, simul hoc contineri, eum a perficiendo scelere *solo casu fortuito* esse retentum. Interea tamen quaerendum est, num is qui vim fecerit ad stuprandam virginem, etiamsi proprio motu destitisset a consummando crimine, non dici possit *consummasse* crimen *pudicitiae per vim attentatae*, et propterea in articuli 331 poenam incidere, eo magis cum ex eo eadem poena plectendus sit pudicitiae per vim attentandae conatus ? Insuper JCti Carnot loco laudato exposita sententia, in rebus criminalibus nunquam judicandum esse *d'après l'esprit de la loi*, sed semper *d'après le texte*, falsissima nobis videtur, nec apud ipsos Anglos qui plurimum legis verbis inhaerent, talis regula ad-

(1) Arrêt de la cour de Cassation du 18 Mai 1815. — SIREY, XV. Part. I. 398. Idem, Code pénal annoté, édition de 1824. n. 24. Cf. arrêts de Cassation du 10 Mars 1820 et du 20 Septembre 1822. — CARNOT, ad art. 331 du Code pénal, pag. 93 et 96. Vol. II. Idem, ad art. 2. pag. 16. Vol. I.

(2) Arrêt de Cassation du 17 Février 1820. Journal du palais, 1820, pag. 126. — SIREY, XX, Part. I. 202. Arrêt de Cassation du 18 Mai 1815. Journal du palais, 1816, pag. 185.

missa est. Nam ipsi Angli admittere videntur, ut JCti Germani et quidam nostrorum, eam differentiam, a JCtis Gallicis communiter neglectam, inter legis interpretationem ex legis *sententia* et *analogiam*, rejicientesque hanc illam adprobant (1). Ceterum si in rebus judicatis in hac re aliquod vitium invenitur, hoc potissimum Legumlatori ipsi imputandum esse videtur qui art. 331 duo crimina admodum diversa confudit, et praeterea de conatus poena regulis generaliter propositis, ita de conatu criminis art. 331 locutus est, ut videatur oblitus esse generalis suae sanctionis.

Ex his omnibus patet, ad criminis conatum puniendum duo quam maxime esse necessaria, primo ut actus externi constituant conatum omnes notas legales habentem, et secundo ut referantur ad factum quod tanquam crimen a legibus consideratur. Si enim factum quod efficere quis conatur, non sit crimen ex legibus poenalibus, sponte patet, nullam poenam ex art. II. infligi posse (2). Interdum etiam in quaestionibus circa conatum proponendis, mentio facienda est peculiaris animi ad conatum peculiaris criminis constituendum necessarii, velut *animi occidendi*, ubi de conatu *voluntarii*, quod vocatur

(1) Cf. A treatise on the Law of Actions on statutes remedial as well as penal in general, and on the statutes respecting Copyright, by ISAAC ESPINASSE, London 1824. pag. 54 et 56, et VAN HAMELSVELD, Bijdragen tot het lijfstraf. regt, Amsterd. 1817. pag. 122.

(2) CARNOT, ad articul. 221 Cod. crim. n. 23. Vol. I. pag. 646. Idem, ad articul. 2. Cod. poen. Vol. I. pag. 15. — MERLIN, répertoire de jurisprudence, XIII. pag. 461. edit, ultim.

Jure nostro, homicidii agitur (1). Ceterum licet conatus qui momentis articuli II. caret, non puniri possit eodem modo quo crimen ipsum, tamen si facta a delinquente commissa jam per se proprium delictum constituant, sponte patet, poenam hujus delicti particularis applicari posse (2). Hinc, licet is qui cum telo ambulaverit cum animo alterum occidendi, nulla poena afficiendus sit ex capite conatus, quia non adest initium exsecutionis, tamen ex articulo 314 puniri ille poterit, si fuerit portator armorum prohibitorum.

§ VII.

De poena conatus ex Jure nostro.

In conatum maleficii poenam maleficii consummati ordinariam infligendam esse, voluit Legumlator, ubi de conatu puniendo in genere sermo esse posset, et in omnibus casibus eodem modo quo ipsum crimen perfectum considerari voluit crimen tentatum (3). Hoc adeo verum est, ut, si quis criminis consummati accusaretur, et in ipso judicio criminali appareret, delinquentem crimen quidem non consummasse sed solummodo conatum admisisse talem qualem crimini aequiparavit Legumlator, reus non foret absolvendus, sed quaestio judi-

(1) Cf. SIREY, Code pénal annoté, ad art. 2. n. 1. 4 et 23. Recueil des lois et arrêts, XI. Part. I. p. 238.

(2) SIREY, recueil des arrêts, Tom. XV. Part. I. pag. 398.

(3) Cf. de ea re REHMANN, pag. 158, 159 et 160.

cantibus de facto proponenda esset, an reus fecisse videretur conatum legali sensu acceptum, et ubi eum fecisse responderetur, poena delinquenti esset iufligenda eodem modo ac si crimen fuisset perfectum (1). Dicitur enim in artic. II. *la tentative de crime sera considérée comme le crime même*, et exinde sequi etiam videtur, eum qui criminis consummati accusatur, tacite quoque conatus reum fieri, neque in criminis quaestione, in qua ex probationibus prolatis patet, reum crimen quidem non consummasse sed tantum ejus *conatum* fecisse, hic conatus tanquam *alterum* crimen considerari potest. Quare in eo casu non applicandus est articulus 361 Codicis quaestionum criminalium, sed, ut quaestio ex artic. 338 judicantibus de facto proponi potest a Curiae Praeside, si, cum caussa peroraretur, nova facti momenta fiebant manifesta in ipsa accusatione non memorata delictumque exasperantia, ita etiam et majore quidem jure judex quaerere de conatu poterit ejus criminis, de cujus consummatione sola accusatio proposita fuerit. Adeoque dici potest, hunc casum in art. 361 *non contineri*, et art. 338 illius articuli *exceptionem esse*; nam revera ex. g. furtum momentis adgravantibus commissum *aliud* factum esse videtur, quam furtum *sine* iis commissum. Ceterum et hoc monendum est, licet conatus criminis lege ut crimen perfectum consideretur, ideoque hoc et ille *idem* crimen esse videatur, eodem poenae *genere* puniendum,

(1) Arrêt du 14 Mai 1813. — SIREY, XVII. Part. I. 161. — LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 99. MERLIN, Vol. XIII, sub voce *tentative*, n. 8. — PHILIPSE, pag. 109.

judicem tamen, ubi poena criminis inter minimum et maximum definita est, leviorem poenae *gradum* in conatum, graviorem in crimen consummatum infligendi potestatem habere.

§ VIII.

De rationibus quibus articuli II. sanctiones nituntur.

Ex iis quae superius diximus, colligitur, tunc demum ex Jure Gallico hodierno conatum esse puniendum, si delinquens non tantum actibus externis criminis consilium manifestaverit, vel ejus exsecutionem praeparaverit, verum etiam initium fecerit exsecutionis, modo a consummando maleficio impeditus fuerit solo casu fortuito. Cum autem articuli nostri sanctio non nisi repetita sit sanctio Legis 22. Prairial. anni IV, in articuli II. ratione examinanda primum inspiciendum est, quae rationes ad legem eam priorem sanciendam moverint. Ex illius legis verbis autem : « considérant que le Code ne prononce aucune peine contre *les tentatives de vol*, *de l'incendie* et *des autres crimes* à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement, considérant que l'impunité enhardit et multiplie les coupables, » sane cognosci non potest, ex quibus rationibus statuerint Legumlatores in omni casu poena criminis consummati ordinaria conatum esse puniendum. Quare aliunde derivanda est eorum intentio, et prima legis ratio repetenda esse videtur ex ea quam in universum habuerunt Legumlatores Gallici illius aetatis, cogitandi ratione. Ad aliud nempe in conatus punitione jus constituendum necesse fuisset, ut varii conatus gradus sisterentur ad

poenam pro diversitate graduum vel leviorem infligendam vel graviorem; plurimae igitur ex ejusmodi doctrina neceesariae fuissent distinctiones atque facti quaestiones, quas omnino mens Legumlatorum Gallorum adspernata esse videtur. Suas enim leges illi quam maxime simplices, remotis diligenter omnibus distinctionibus, reddere studuerunt, non solum in causis civilibus, verum etiam in criminalibus. Hujus rei egregium exemplum invenitur in doctrina de criminis sociis, ubi Codex eadem poena qua auctores criminis, affici voluit non solum motores, verum etiam omnes adjutores, sine distinctione, utrum solummodo crimen facilius reddiderint, an vero tale tulerint auxilium sine quo crimen committi non potuisset, nec etiam habita ratione, utrum auxilium latum fuerit ex compacto quod vocant, an non; quae omnia ex ratione Juris Criminalis in auxiliatorum poena rite distribuenda spectari debent. Adeoque fautores quosdam criminis complicium nomine comprehendebant, et receptatores rerum furtivarum eadem poena qua auctores principales adfecerunt, in iis quoque furtis quae momentis exasperantibus commissa graviorem poenam postulant (1). Exinde patet, subinde Legumlatores graviorem poenam infligere maluisse quam distinctionem admittere, et hanc etiam mentem in puniendo conatu exhibue-

(1) Articul. 59, 60 et seq. Cod. poenar. MICHIELS VAN KESSENICH, Disputat. de sociis in crim. pag. 32, 38, 52 et seq. — FERDINANDUS D'HOOP, de concursu ad delictum, Gandavi 1820, pag. 36 et seq. — WOLTER WOLTHERS, de auctoribus, sociis et fautoribus delictorum eorumque poenis, Groning. 1823. pag. 153 et seq. 173 et seq.

runt. Pro parte etiam ad sanctionem art. II. movisse videntur Legumlatorem sanctiones Codicis anni 1791, ex quibus saltem conatus gravissimorum criminum veneficii et homicidii meditati eodem modo puniebantur quo ipsa laesio consummata; et cum jam ex antiquioribus Legibus Gallicis conatus atrociorum delictorum tanquam perfectum crimen punitum, et multum inter Auctores Juris Criminalis de poena conatui proximo infligenda disputatum animadverteretur, melius esse crediderunt Legumlatores antiquioris Juris dispositiones aliquo modo novo Codice sancire, et principia quae Codice 1791 in veneficio et meditato homicidio servabantur, ad omnia crimina extendere. Quare etiam dicitur in expositione rationum articuli II : « on peut même dire que cette disposition n'est qu'un développement nécessaire aux deux articles du Code pénal de 1791, qui infligent aux tentatives d'assassinat et d'empoisonnement les mêmes peines qu'aux crimes consommés. » Ratio autem quae praecipue movit Legumlatorem ad poenam ordinariam conatui proximo infligendam, haec fuit. Delinquens qui jam criminis exsecutionem inchoavit, sed solo casu fortuito desistere coactus est, aeque pravum ac scelestum animum exhibuisse quam si revera crimen perfecisset, illudque quantum potuit, perfecisse, hinc eadem poena adficiendus esse videbatur, ac si casus revera ejus intentionem quasi implevisset. De ea re magnam fuisse disputationem in consilio legum sanciendarum, refert Carnot ad artic. II Codicis poenarum, sed tandem praevaluit sententia Viri Amplissimi Treilhard qui sic locutus est : « il a commis le crime autant qu'il étoit en lui de le commettre, il a donc encouru

la peine prononcée par la loi contre le crime (1).» Legumlatores igitur omnino assumpserunt sententiam Filangierii (2) qui de hac re ita loquitur : « la volontà di violare la legge non constituisce il delitto, se non quando si manifesta coll' atto dalla legge istessa vietato, ed in questa sola ipotesi il conato al delitto è punibile quanto il delitto istesso consumato e riuscito. Se la pena che siegue il delitto, non è destinata ad altro che a garantire la società dalla perfidia del delinquente, e distogliere gli altri dall' imitare il suo exempio; nella volontà di violare la legge, manifestata coll'azione dalla legge istessa vietata, si trova l'uno e l'altro motivo della pena. Il delinquente a mostrata la sua perfidia ; la società ne ha ricevuto il funesto exempio. O che l'evento abbia, o no, corrisposto all' attentato, questi due motivi di punire existono ugualmente. L'istessa causa dee, dunque, produrre l'istesso effetto, e quest' effeto è l'uguaglianza della pena (3).» Eadem principia proposita sunt ab Oratoribus Gallicis (4) : « la tentative du crime devoit aussi être prévue ; celui qui par des actes extérieurs et suivis d'un commencement d'exécution, manifeste la volonté d'un crime que des circonstances fortuites l'empêchent de commettre, *n'est pas moins coupable*

(1) Exposé des motifs de l'article 2 du Code pénal.

(2) Scienza della legislazione, Lib. III. cap. 36, edit. Flor. anni 1823, pag. 186 et sqbs. Vol. III.

(3) Cf. LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 94, in notis.

(4) Extrait du rapport au nom de la commission de législation du corps législatif sur le livre premier du Code pénal, séance du 17 Février 1810.

pour ne l'avoir pas consommé, aussi le nouveau Code reproduit-il la sevére mais sage disposition de la loi du 22 Prairial an IV. » Eaedem rationes inveniuntur apud Merlin (1): « celui qui persistant dans le dessein de son crime, a fait tout ce qui étoit en lui pour le commettre, et n'a été arrêté dans son exécution que par des circonstances fortuites, étrangères à sa volonté, *est aussi coupable* que s'il avait commis le crime méme, la peine ne saurait être modifiée par une différence de résultat qui n'a été produite que par un cas fortuit ou des faits accidentels. » Ex his patet, Legumlatores poenam eamdem statuisse in conatum atque in consummatum crimen, quia *non minus pravam voluntatem conatui quam crimini consummato inesse crediderunt*, ideoque nullam rationem esse censuerunt, cur mitius puniretur delinquens, si crimen effectu caruerit casu fortuito qui absque ulla agentis voluntate intervenit, eum casum enim non posse ipsi ad poenam mitigandam prodesse (2). Simul ex loco supra laudato *salutis et securitatis publicae causa* Legumlatores in criminibus gravioribus tam severum legis praeceptum sanxisse videntur, dicebant enim: « la sureté publique avoit déjà provoqué cette disposition qui se trouve textuellement écrite dans une de nos lois (3). » Crediderunt igitur, in criminibus atrocioribus societatis et civium securitatem maxime in periculum vocari, si *impunis maneret*

(1) S. v. *tentative*, nr. 1.

(2) Extrait du rapport sur le premier livre du Code pénal, à l'article 2.

(3) Exposé des motifs du Code pénal, art. 2. — MERLIN, Vol. XIII. sub v. *tentative*, pag. 462.

conatus, et hinc conatum gravissimis poenis affici voluerunt, quum melius esset occurrere in tempore, quam post exitum vindicare (1). Ideoque conatum proximum *eadem severitate qua crimen perfectum* coërcebant. Ex ratione prius indicata, quam ex prava intentione conatu manifesta desumpserunt, *delictorum* in specie ita vocatorum conatus non eodem modo quo *criminum* conatum puniri voluerunt, quia mala voluntas non semper in illis ita inesset (2), ut ea in criminum conatibus esset perspicua (3) (quae Legumlatorum sententia eam quam superius indicavimus confirmat, in factis *culposis* etiam si pro *criminibus* ea a lege habentur, de puniendo conatu non esse posse sermonem). Ex eadem ratione ex qua, quia plerisque criminum conatibus summus doli gradus atque voluntas maxime perversa contineretur, gravitas eorum factorum gravissimam poenam exigere videbatur, Legumlatores, si reus sponte et libera voluntate a delicto recesserit, eum ab omni poena eximendum esse voluerunt (4). Simul hoc suadere prudentia politica videbatur, qua de re audiamus ipsos Oratores legis rationem exponentes : « celui qui a conçu le dessein d'un empoisonnement, d'un parricide ou de tout autre crime, n'est pas coupable aux yeux de la loi, la morale

(1) L. 2. C. Th. ad Leg. Cornel. de sicar.

(2) « *Le délit ne suppose pas toujours corruption.* » Extrait du rapport sur le Livre I. du Code pénal, à l'article 3.

(3) LEFEVRE, pag. 29. — MERLIN, sub v. *tentative*, n. 1 et 2. Vol. XIII. pag. 462, ubi optime expositae sunt rationes nostri articuli.

(4) Exposé des motifs de l'article 301 du Code pénal.

l'accuse et le condamne, la justice ne peut lui demander compte de sa pensée, mais si celle-ci se manifeste par des faits, la loi s'en saisit, elle les caractérise, et cependant comme elle frappe à regret, et qu'elle aime mieux empêcher le crime que de le punir, les actes qui l'ont préparé, ne sont le plus souvent passibles d'aucune peine, si leur auteur par *un sentiment libre et spontané* s'est arrêté sur les bords de l'abime; c'est un appel au remords, une rémission, une grâce accordée *au repentir volontaire* (1). » Eleganter etiam de ea re disserit Destriveaux (2) : « la loi a pardonné comme on le voit à celui qui, retenu par le remords ou par un retour de vertu, s'est arrêté spontanément dans le chemin du crime, et sans déclarer qu'il y a dans le repentir quelque chose de plus mâle que dans la vertu, la loi s'abaissant à la foiblesse de l'homme, a favorisé le repentir par l'impunité des actes dont la tentative se compose; cette pensée est belle, il est sage au législateur de rappeller sans cesse un citoyen qui s'égare, de le retenir par l'indulgence sur le bord même du précipice ou le crime veut l'engloutir. » Sic vero de eodem argumento loquitur Merlin (3) : « l'exécution eût-elle même été commencée par des actes préparatoires, si elle a été arrêtée par le repentir avant le fait principal qui devoit constituer le corps de délit, elle ne constituera pas ce délit. *L'in-*

(1) Extrait du rapport, séance du 17 Février 1810. Videatur etiam LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 91 in notis.

(2) Opere laudato pag. 4 et 5.

(3) Répertoire de jurisprudence, s. v. *tentative*, n. 1.

térêt public a voulu que la loi fît grâce à celui qui avoit été arrêté sur le bord du crime *par un sentiment libre et spontané.* » Apud eum Auctorem quoque legi possunt rationes cur nudam cogitationem punire noluerint Codicis auctores, nec necessarium erit ea de re plura addere. Ceterum non pigebit lectorem conferre ea quae de articuli nostri rationibus exposuit Bexon (1). Ad puniendum conatum initium exsecutionis factum esse debere, sive non nisi conatum *proximum* coërcendum esse, voluerunt Legumlatores, quia ex factis mere praeparatoriis saepissime non constaret, quaenam fuerit agentis intentio. Quum autem conatus absque pravâ voluntate cogitari nequit, tale requisiverunt factum, ex quo firmum et immutabile delinquendi propositum erui posset, et voluntas legi contraria evidenter proderetur, sive voluerunt, ut exsecutio criminis fuerit inchoata, et ex eadem ratione, ut jam diximus leviorum *delictorum* conatus regulariter a poena exemerunt, dicentes, saepissime in iis notas delicti non satis esse distinctas, eosque subinde actus esse per se non vituperandos. Hisce assentitur Bexon (2) his verbis : « la loi a voulu que la tentative du crime devint certaine par la manifestation d'actes extérieurs, un commencement d'exécution, et pour faire juger, que la cessation de ces actes exterieurs, de ce commencement d'exécution ne provenoit pas du propre mouvement et du repentir de l'auteur de la tentative, elle fût suspendue par des circonstances fortuites, indépendantes de

(1) Code de la sûreté, introduction, Part. II. pag. 11 et 12.

(2) Parallèle du Code pénal d'Angleterre, pag. 141.

sa volonté, c'est-à dire, qu'elle a voulu qu'il fût surpris, arrêté dans l'action même de son crime, et que l'on pût en conclure qu'il alloit le consommer, s'il n'eût pas été surpris et arrêté. »

Absoluta his prima parte nostrae disputationis, fortasse longiori, nunc ad secundam transituri, ea quae historice adhuc et exegetice demonstravimus, philosopha ratione disquirere conabimur, qua in re, praecipue juvenilium virium consideratione, benigne nos dijudicet Benevolus Lector, humanissime rogamus.

PARS SECUNDA.

QUATENUS ART. II. A RATIONE JURIS CRIMINALIS DISCEDAT.

CAPUT I.

AN MERITO LEGUMLATOR GALLORUM CONATUM POENA AFFECERIT.

§ I.

Quaedam praemittuntur de fine poenarum.

PRIMUM hoc loco examinandum est, an in universum jus sit civitati, in conatum animadvertendi, et ad hanc quaestionem solvendam hoc necessarium esse duco, ut antea, quinam sit finis poenarum, paucis disquiram. Plurimum autem de hoc argumento disputatum est inter Viros Eruditos, neque tamen meum est diversas eorum sententias adcuratius hic referre, neque quin fines hujus dissertationis excederem, absolutam illius rei deductionem proponere *liceret*, etiam si *possem* talem praebere, qualis et argumentorum vi et novitate omnino esset com-

mendanda. Potius de ea re quid sentiam proferre quam disserere mihi in animo est. Jus puniendi autem ipsius societatis esse fundamentum, atque necessitate ejus conservationis niti, persuasum habeo, neque de eo jure sermonem esse posse credo, quin ratio habeatur civitatis (1). Hominibus vero in societate civili viventibus, publica auctoritate et potestate sponsio quaedam facienda est, sive bona praestanda sunt (à garantir) quae ii vel ab ipsa natura impetraverunt, vel consociationis civilis beneficia esse intelliguntur. Bona tali ratione civibus omnibus spondenda vel ejus naturae sunt, ut laesio eorum pro uno cogitari non possit, quin simul laesio sit pro omnibus aliis, vel ejus indolis, ut eorum laesio proxime non nisi in singulorum personam cadat. Ex qua differentia fortasse divisio delictorum in *publica* et *privata* melius sisti posset, quam eo modo quo hoc communiter fit, et quo alia *contra ipsius Rei Publicae*, alia contra *privatorum jura commissa* dicuntur. Ut vero rem exemplo illustrem, inter bona in civitate spondenda cuivis, singulorum *vitam* et *bonam justitiae administrationem* possumus recensere. Et licet tam *homicida* quam *judex injustus* aliquod bonum abripuisse vel

(1) Multum inter Viros Eruditos disputatum est, num jus puniendi *extra societatem civilem* locum haberet an non. Eam quaestionem denuo et uberrime examinavit nuper in Italia ROMAGNOSI, in opere saepius jam laudato: *genesi del diritto penale.*, Vol. I. Milano 1823, et licet in *statu naturali* quem dicunt, sive *extra omnem societatem* nullum ex ejus sententia jus puniendi existere possit, *a societate civili* tamen ille aliam societatem distinguit, ut ipse fatetur, hypotheticam, quam vocat *naturale società*, sive *società d'eguali*, et in qua jam jus puniendi locum habere statuit.

minuisse intelligitur a Re Publica spondendum civibus, et utriusque delictum non nisi Rei publicae respectu puniendum esse dici possit, bonum illud tamen quod homicidio laesum intelligitur, non nisi singulis eo crimine ademtum est, bonum illud vero quod laesum intelligitur injusta sententia judicis, eo crimine omnibus simul saltem minutum est. Hinc delictorum qualitas quoque diversa esse videtur, ut ipsa qualitas legitimae sponsionis (garantie publique et individuelle). Bona igitur diversae naturae civibus omnibus spondere, sacratissimum est Rei Publicae moderatorum officium, ut vero omne id quod ex communi omnium consensu bonum esse intelligitur hominibus in civitate viventibus, communem sponsionem possit habere, non sufficit ut legibus definiatur, a quibus factis cuivis abstinendum sit, ad eum finem ut cuivis illa bona conserventur, sed etiam id agere debet Res Publica, ut cuivis illa bona auferre aut minuere volenti opponatur vis aliqua, qua ille ab exsequendo suo proposito retineatur. Haec vero vis medio quodam physico quo cogantur homines, consistere nequit, quin omne agendi arbitrium tollatur, et omnis libertas civilis intervertatur, hinc nihil aliud superest quam medium psychologicum quo homines a laesione bonorum omnibus in Re Publica spondendorum retineantur, sive omnibus injici debet per communem sanctionem persuasio, se, si quaedam facta essent commissuri, certe malum aliquod esse passuros. Ea vero persuasio non eo solo efficitur, quod mali hujus comminatio in lege ipsa continetur, sed etiam eo quod in omne factum contra legis sanctionem commissum malum propositum certe infertur, et in utriusque rei conjunctione pro-

prie jus puniendi consistit. Sine poenarum comminatione et illatione igitur communis ea Rei Publicae sponsio effici non potest, in qua quasi essentia consociationis civilis consistit. Hinc jus puniendi licet a jure defensionis diversum sit, jure defensionis tamen nititur, sive potius sanctissimo defensionis officio, et hinc etiam in poenae comminatione inesse videtur actus defensionis, neque tamen defensionis physicae et singularis, sed potius communis et intellectualis (1). Simul comminatione poenae in bonorum communiter spondendorum violatores certe irrogandae, ea in bonorum civium animo nascitur fiducia, qua praecipue societatis civilis felicitas continetur; conjunctionis enim civilis prima conditio est, ut cives tranquille vivant habeantque mutuam fiduciam, sua bona ab aliis non laesum iri; hanc autem fiduciam cives potissimum concipiunt ex lege poenali satis efficaci ad detinendos alios a maleficiis. Si vero nihilominus laesio aliqua committatur, statim turbatur haec civium fiducia, minuitur opinio eorum de vi legis poenarum in malevolorum animos, qua ii contineantur, sive de vi ejus psychologica, cives enim vident legem poenalem non sufficere ad delicta avertenda. Hoc est quod dicitur nonnullis *alarme jetée dans la société*, aliis *damnum formale civitati irrogatum* (2). Unde poena irroganda

(1) ROMAGNOSI, genesi del diritto penale, Vol. I. § 395 et sqb. Vol. II. pag. 7, 219 et 250.

(2) Alii aliis nominibus utuntur. Cf. WINSSINGER, de talione Lov. 1822, pag. 12, in not. Idem, de dolo et culpa, in Annal. Acad. Lov. 1821-1822, pag. 10. — Uberius etiam de diversis damnis quae delicto oriri possunt, disputavit CARMIGNANI, in element. Jur. Crim. Pisis 1822. Vol. I. pag. 19.

videtur, ut sustineatur auctoritas legis poenalis, atque facto ostendatur, non vanam fuisse et inanem poenae comminationem; sive delicto aliquo commisso necesse est, ut per poenam reparetur damnum illud formale quod ex delicto in Rem Publicam redundare intelligitur. Hinc etiam, ut in poenae comminatione actus defensionis, ita in poenae exactione quodammodo actus reparationis damni inest, neque tamen singularis et ut ita dicam materialis, sed potius communis atque intellectualis. Et licet tam comminationem quam irrogationem singulatim considerando, sive ut dicere solent, in abstractione, tam comminationis quam irrogationis poenae finem peculiarem sistere possimus (1), utraque tamen simul ad eumdem finem tendere videtur; nam et poenae irrogatione confirmanda est ea persuasio de certitudine mali, facta quaedam secuturi, in animis malevolorum, qua ii ab injuriis detineantur, et praestanda simul bonis civibus ea propriae securitatis persuasio, qua efficiatur mutua inter ipsos fiducia. Hinc etiam quod Veteres de lege dixerunt, eam esse communem Rei Publicae sponsionem, hoc itidem de poena dicendum esse videtur sive de jure

sqb. Cf. quod dicitur a Kant, injuriam esse impedimentum libertatis ex communibus praeceptis descendentis e. q. s. r. Methaphys. Anfangsgründe der Rechts-Lehre, introductio, pag. 35.

(1) Distinctio inter poenae statuendae atque exsequendae finem primum proposita esse videtur a K. A. Caesar, in tractatu: *Ueber den Zweck der Strafen*, qui legitur in ejus collectione: *Denkwürdigkeiten aus der philosophischen Welt*, Tom. IV. pag. 103, quam postea assumpserunt Kleinschrod, syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. Tom. II. pag. 45, Feuerbach, Lehrbuch § 16, aliique.

puniendi, quod ideo etiam consociationis civilis conservationem spectare dici potest (1). Hisce praemissis facile demonstrari poterit, societati civili jus competere puniendi conatum.

§ II.

Jus esse civitati puniendi conatum, demonstratur.

Jus esse civitati adeoque officium, poenis sanciendi facta quibus aliquod ex iis bonis laederetur, quae cuivis civi spondenda sunt publica auctoritate, nemo ambigere potest. Neque vero solum is qui laedit ejusmodi bona, sed etiam is qui ea in periculum vocat, *injuriam* committit, sive ut dicere solent, *juris laesionem*, et ex mea sententia non minus is *contra jus agit* qui dolo hominem occidit, quam is qui occidere conatus est, non minus is qui facto imprudenti homini vitam ademit,

(1) De fine punitionum sententiae quam maxime hodie divulgatae per Europam et Americam eae esse videntur, quae in Germania a FEUERBACHIO, in Anglia a BENTHAMIO sunt propositae, et licet eae diversis nominibus insigniantur, eas tamen admodum inter se convenire, et in utraque multum veritatis inesse puto. Similem etiam nostrae de fine poenarum sententiam defendunt VISPOEL, de poenis, Gand. 1821. pag. 13, BENTHEM REDDINGIUS, de vi atque effectu mortis et dementiae cum in reorum damnationem tum in damnatorum poenam, pag. 3 et 4, COCK, de fine poenis proposito tum ex rei natura tum ex doctrina Romanorum in annalibus Academiae Groninganae, 1817 - 1818, cap. 2 et 3, WINTGENS, pag. 68, LEFEVERE, pag. 4 et 22, DE GAIFFIER, de initiis et incrementis Juris Criminalis in Belgio, Lugduni Batavorum, 1820, pag. 20, circa finem. Cf. etiam CROPP, sectione I. pag. 13 et sqbs.

quam is qui facto imprudenti alterius vitam in periculum vocavit. Sed alia est quaestio an omnia ea facta *puniri possint?* Nostrum est officium solummodo probare, conatum juste puniri, et eam rem, in qua examinanda a consummati delicti notione exire debemus, ab ipsa rerum natura repetenda, non aliam possumus consummati delicti notionem admittere, praeter eam qua sub delicto consummato laesio consummata intelligitur, sive factum quo revera eversum vel minutum est aliquod ex iis bonis quorum communi sponsione Res Publica continetur. Tali vero facto legibus prohibito sua sponte etiam eorum factorum conatus prohibiti censeri debent; si enim lex statuit : *ne occidas*, per se etiam lex omnes monuisse videtur, *ne quid faciant ad occidendum*, adeoque aliqua ratione jam is qui hominem occidere *cogitavit*, legem *violasse* saltem mente sua, dici potest, unde facile intelligitur, eos qui ad inveniendum illud momentum inter cogitationem sceleris primam et ejus consummationem positum, ubi *initium esse deberet punitionis*, dixerunt : ubi lex *violata esse inciperet*, ibi esse poenam irrogandam, revera nihil dixisse. Potius dicendum est, quamvis poenis in laesionem in nostro hujus vocabuli sensu acceptam, lege propositis, vetitum etiam videatur ipsum sceleris propositum; poenam legis tamen meritam non prius videri, quam tali legis violatione commissa, quali illud damnum intellectuale revera effectum dici possit, ad quod reparandum certa poenae irrogatio necessaria est post scelus commissum. Facto autem commisso quo quis laesionem legis prohibitam tentavit, opinio civium de vi psychologica legis poenalis sine dubio minuitur,

ideoque etiam conatu mutua civium fiducia turbatur, et propriae securitatis persuasio minuitur omnibus, sive damnum intellectuale consociationi civili infertur, ut laesione ipsa consummata, etiamsi non expressa in conatum ipsum poena sit constituta. Si quis enim actus ad delicti lege prohibiti executionem tendentes commisit, probavit facto suo, legem poenalem quodam modo nihil valere in malevolorum animos, atque minationem mali non sufficere, ut ab actionibus lege prohibitis malefici detineantur, ea enim est natura conatus, ut eo firma *laesionem perficiendi* voluntas manifestetur, extra dubitationis aleam igitur esse videtur jus civitatis, tentatas laesiones puniendi, si in *easdem perfectas* poena juste est proposita.

Haec sententia praecipue valet, si *solo casu fortuito* conatus exitu caruerit praeter voluntatem agentis, tunc enim eo certius datur omnibus persuasio, non sufficientem esse solam legis comminationem ad maleficos a laesionibus avertendos, et plus in tali causa fortuitus casus, quam ipsa legis sanctio valuisse videtur. In ipsis iis casibus in quibus conatus auctor crimen quantum potuit non perfecit, aliquo modo minuta est fiducia illa civium, apparet enim ex eo quoque facto delinquentis, legem poenalem non satis efficacem fuisse ad malam voluntatem continendam, et hinc eo etiam facto damnum illud datum est, ad quod reparandum certa irrogatio poenae necessaria est. Haec nostra sententia aliis etiam rationibus comprobatur. Quum enim civitatis sit officium, defendere et tueri vitam, existimationem, patrimonia et reliqua bona

omnium et singulorum civium; ut finis ille melius attingatur, necesse est, ut non solum in delicta consummata, verum etiam in conatus animadvertatur. Damnum enim revera illatum saepissime reparari nequit, ut igitur damnum illud non reparandum avertatur, eo magis debet cavere civitas, quo certius ejus damni periculum imminet. Cum vero ab eo qui mali ininferendi voluntatem per actus externos ad malum efficiendum tendentibus indubitate manifestavit, timendum sit, ne alia data opportunitate malum consilium exsequatur, nisi aliquo modo propter conatum priorem coërceatur, civitas cavere debet, ne conatus delinquendi maneant impunes. Quamvis fatear, hanc rationem solam ad conatus poenam justificandam non sufficere, eam tamen contribuere posse ad punitionis hujus necessitatem confirmandam, persuasum habeo. Ipsis privatis hominibus natura licet, instantem atque imminentem injuriam, licet ea nondum sit coepta, sive injuriae periculum vi propulsare, atque ab iis de quorum nocendi animo factis externis perspicuo constat, cavere (1); cur non id licitum foret civitati in defensione bonorum singulorum civium, quorum defendendorum obligatio est Rei Publicae? Conatus impunitatem autem malevolos ad laesionem consummandam saepissime rapere, nemo dubitabit, et hinc, licet illud quod *praeventionem* in specie vocant in Jure Criminali Scriptores Germani, tanquam summum *principium* omnis punitio-

(1) Grotius, de jure belli et pacis, Lib. II. chap. 1. § 5. — Puffendorf, Jus naturae et gentium, Lib. II. cap. 5. § 6 et 8. — Kleinschrod, Tom. II. § 1. — De Smet, Dissert. pag. 12 et 14.

nis comprobari nequeat, illius considerationem tamen in puniendo conatu alicujus momenti esse credo. Unde jam Gellius (1): « summa professio stultitiae est non ire obviam sceleribus cogitatis, sed manere opperirique, ut, cum admissa et perpetrata fuerint, tum denique, ubi, quae facta sunt, infecta fieri non possunt, puniantur (2). » Simili mente etiam loquitur D. Hume Scotorum JCtus Celeberrimus (3), et praecipue « *si deventum sit ad actum maleficio proximum*, if there has been *an inchoate act of execution of the meditated deed*, if the man have done that act, or a part of that act, by which *he meant and expected to perpetrate his crime*, and which, if not providentially interrupted or defeated, would have done so; and more especially still (but this is not indispensible) *where he has something which must have its own course, and puts repentance out of his power*, » existimat: « that on all such occasion the law justly and wisely inter-

(1) Noct. Att. Lib. VII. cap. 3. — Alii quoque Scriptores Veterum ex philosophis rationibus conatus poenam justam esse censuerunt. Cf. SENECA, Controvers. Lib. IV. 7, in Sapient. non cadere injur. cap. 7; de Beneficiis, V. 14. — PHILO JUDAEUS, de special. legib. edit. Paris. pag. 791, de confus. linguar. § 343. Lit. C. — LYSIAS, Orat. in Simon. cap. 12. — VELLEJUS PATERCULUS, Lib. II. cap. 8. — QUINTILIANUS, Delam. 281, Instit. Orat. V. cap. 9. — D. HIERONYMUS, Epistol. I. 39.

(2) Cf. FEUERBACH, Lehrbuch § 103. — MONTESQUIEU, esprit des lois, Liv. VI. chap. 9. — BARBACOVIUS, edit. prior. pag. 164. — KLEINSCHROD, Tom. I. § 35 et Tom. II. § 9. — FEUERBACH, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, Tom. II. pag. 106. — WINTGENS, pag. 70.

(3) Commentaries on the Crim. Law of Scotland, Edinb. 1819. Vol. I. pag. 28. 29,

feres, because *the ultimate and meditated act is in part done*, and it *is not good for the public*, *nor for the delinquents themselves that they would be encouraged with the belief, that they may go such lengths unpunished.* » Quo in loco etiam delictum perfectum quod vocant, distinguitur a reliquis conatibus proximis, quin JCtus velit ad illud solum restringere conatus poenam. Egregie etiam ea de re loquitur Romagnosi, postquam enim dixerat, ad factum aliquod puniendum necesse esse, ut illo aliquod damnum injustum datum sit, ita prosequitur: « ora l'attentato reca un male ingiusto, turbando il godimento della sicurezza che la società e gl'individui di lei sono in diritto di godere. Dunque sarà cosa giusta opporre una pena all' attentato, considerandolo soltanto come recante timore ingiustamente incusso. Questo è ancor poco. Se l'attentato è un' aggressione : se il fine di questa aggressione si deve respringere : se ciò non si può ottenere fuorchè arrestandola col timor della pena; sarà dunque necessario, e quindi giusto di sottoporre l'attentato a pena per la ragione stessa che vi si sottopone il delitto (1). » Loquens de tentamine qui eventu caruit casibus fortuitis, ait : « in tale ipotesi, siccome la maniera costante e cognita di mandare ad effetto i malvagi divisamenti deriverebbe da cagioni libere proprie dell' uomo, così l'attentato sarebbe costantemente oggetto di ragionevole timore. La società non cautelandosi, dovrebbe avventurare il suo riposo all' accidente, cosa che distruggerebbe la propria sicurezza. Sarebbe dunque in diritto

(1) Vol. II. pag. 209.

di usare, a frenare quegli atti che tentassero di turbarla, di que' mezzi che sono acconci a correggere ed a reprimere le cagioni libere. In breve allora l'andamento dell' attentato, essendo libero e perciò di una tendenza efficacemente nociva, potrebbe essere oggetto di giusta pena (1). Alio loco ita disserit : « la pena è di natura sua efficace a ripercuotere vittoriosamente l'impulso della via passione, unica cagione de'mis fatti. Dall' altra parte col farne cadere la forza sul preparativo si può efficacemente rattenere la consumazione del delitto, che è la cagione unica del danno. Infatti in ogni delitto di esecuzione complessa l'uomo deve necessariamente passare attraverso dell' attentato prima di giugnere alla consumazione del suo delitto. Dunque coll' impedire il tentativo, o almeno coll' interomperlo, si impedisce efficacemente anche l'esecuzione del delitto. Dunque la pena, la quale nel progresso dell' attentato va a romperne la forza e l'andamento, mercè l'energia reprimente l'interesse criminoso, è cosa efficace ad ottenere il fine di rimovere il danno del delitto consumato. Dunque, se d'altronde circostanze di fatto la rendono indispensabile (lochè è cosa di fatto non imputabile al regime pubblico) ella sarà in tutte i suoi estremi necessaria (2). » Magis vaga ratione ea de re locuti sunt Oratores Gallici (3) : « la justice ne peut demander compte de la pensée, mais si celle-ci

(1) Vol. II. pag. 215.

(2) Vol. II. pag. 237. 238 et 239.

(3) Rapport de la commission du corps législatif, séance du 17 Février 1810, apud LEGRAVEREND, Vol. I. pag. 91 in notis.

se manifeste par des faits, *la loi s'en saisit, elle les caractérise*; » neque admodum diserte puniendi conatus necessitatem Paillet demonstravit his verbis (1) : « dès qu'on agit en vertu de ses opinions, l'on devient responsable de l'action contraire devant les lois qui l'ont prévue, responsable de ses paroles quand on les a dites, de ses écrits quand ils sont publiés, de ses autres actions quand on les a commises (2). » Conatus puniendi rationem nuper etiam Legumlatores Helvetiae peculiaribus verbis exposuerunt (3), multique Viri Eruditi variis temporibus hoc argumentum tractaverunt rationibus quarum aliae aliis sunt fortiores (4). Ad locos vero supra ex opere JCti Romagnosi adlegata quaedam habeo notanda, licet in universum admodum mihi placeant Viri Clarissimi argumenta. Conatum *sua sponte* injusta damna dare posse, contendit (5), ut ea quae

(1) Ad art. 5, de la charte constitutionelle de France, n. 3.

(2) Cf. BEXON, projet de Code, pour le royaume de Bavière, introduction, part. II. pag. 12.

(3) Kanton St. Gallisches Strafgesetzbuch, St. Gallen 1819. pag. 26, prooemio art. 51.

(4) MITTERMAIER, Beitræge zur Lehre vom Versuche, § 3. — KLEINSCHROD, Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, part. I. § 35 et Tom. II. § 9. — CROPP, sectio I. pag. 12. — MERLIN, sub verbo *tentative* n. 1. — FILANGIERI, l. l. — GROTIUS, de jure belli et pacis, Lib. II. cap. 20. § 18 et seqbs et 39. — FEUERBACH, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, Tom. II. pag. 106. — PUFFENDORF, de jure naturae et gentium, Lib. VIII. cap. 3. § 23. — SERVIN, de la législat. criminelle pag. 31. — BOURGNON DE LAYRE, essai sur le Code pénal, pag. 8. — Cf. PHILIPSE, pag. 5. 6, et LEFEVERE, pag. 4.

(5) Vol. II. pag. 107 et 209.

de puniendo conatu proposuit, conciliaret cum iis quae prius docuerat, tamquam delicta sola ea facta juste puniri, quae *nocerent* alterius saluti atque injusta essent absque omni humana conventione. Contra haec verba observandum esse videtur, conatum e. g. homicidii exonerato sclopeto factum, licet ille *sua sponte* et *absque omni humana conventione* factum *injustum* dici possit, neque tamen sua sponte et absque humana conventione *noxium* factum adpellari potest. Nam non nisi poenis in homicidas *per leges* in *societate civili* ad tuenda hominum bona constitutis, facto conatu recte dicimus *noceri*, ipsi scilicet *consociationi civili*, eo quod mutua civium fiducia minuitur, quae ex poenarum sanctione concepta primarium est Rei Publicae vinculum. Porro dicit Romagnosi (1), esse necessario poenam in conatum lege sanciendam, ut poenae comminatione noxiae libidinis impulsus vincatur, et legis vi cadente jam in volentes conatum committere, ipsa impediatur criminis consummatio. Nec hoc admodum adcurate dictum esse videtur; revera enim poena in consummatam laesionem constituta, per se etiam prohibitus conatus, neque peculiari legis comminatione opus est, ad homines per vim psychologicam a conatu detinendos. Et si, quod concedimus, necessarium est, expressam sanctionem proponere in conatum, ut possit conatus puniri, hoc non ex eadem ratione fieri debet, ex qua poenae sanctiones ante factum commissum proponi debent lege, ubi agitur de punienda laesione consummata; quare si lege constitutum esset, neminem puniri posse ob factum quod

(1) Vol. II. pag. 237.

lege poenali prohibitum esse ignorasset, is qui non ignorasset poenam in *caedem consummatam* sancitam, ignorasset vero poenam *in conatum* esse constitutam, et homicidii conatum fecisset, nihilominus puniri posset, ut equidem censeo. Si igitur in plurimis casibus *poenae sanctio legalis factum praecedens* necessaria est, ut possit poenam judex irrogare, quia in foro externo imputari nequit tanquam delictum id a quo hominem *non avocasse videtur lex ipsa poenalis*; ad puniendum conatum legis sanctio magis ciscumscribendi arbitrii judicis caussa videtur necessaria. Quare ea quae Legumlatores Gallici in expositione rationum art. 4 Codic. poenarum dixerunt : « le dernier des articles préliminaires retrace une maxime que l'on peut regarder comme la plus forte garantie de la tranquillité des citoyens; nulle contravention, nul délit nul crime ne peut-être puni des peines qui n'étoient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis; un citoyen ne peut être puni que d'une peine légale, il ne doit pas être laissé dans l'incertitude sur ce qui est ou n'est pas punissable, il ne peut être puni pour un acte *qu'il a pu*, *de bonne foi*, *supposer au moins indifférent*, *puisque la loi n'y attachoit aucune peine* . . . ; vous voyez qu'on n'a pas apporté moins de soin pour ne pas troubler la sécurité du citoyen paisible qui ne transgresse les dispositions d'aucune loi (1); » ea, dico, non

(1) Cf. BERRIAT ST. PRIX, pag. 4, du Cours de droit crim. — KLEINSCHROD, op. laud. Tom. II. § 4 et 5. — GROS, de notione poenarum forensium, § 3 et seqbs. — VON ALMENDINGEN, Versuch über das Princip des Strafrechts, in GROLMANN's Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft, Tom. I. part. 3. pag. 1 sqbs. pag. 60 et seqbs.

eamdem vim habent ad probandum, conatum non posse puniri nisi lege aliqua in conatum poena expresse fuerit constituta. Ex iis enim quae superius exposuimus, patet, legem eam qua laesio consummata sub poena vetatur, jam ipsomet conatu violari. Neque e. g. homicidio consummato per legem poena sancito, conatu vero homicidii a lege poenali expresse non prohibito, is qui homicidii conatum fecit, dici potest, commisisse « *un acte qu'il a pu de bonne foi supposer au moins indifférent, puisque la loy n'y attachoit aucune peine.* » Certissime igitur lex quae laesionem sub poena vetat, violatur non solum crimine perfecto, verum etiam conatu (1); et hoc praecipue evenit, si quis ad prohibitam laesionem efficiendam factum committit, cujus effectum, etiamsi voluerit, facto commisso non amplius impedire potest; is adeo non minus legem violasse videtur, quam si eventus revera secutus esset, cum praeter illius voluntatem et solo casu fortuito crimen exitu caruit. Exinde tamen non sequitur, conatum esse puniendum licet nulla poena lege speciali in eum sancita sit, modo poena constituta sit in crimen consummatum. Nullum dubium est, Legumlatorem debere in constituendis variorum delictorum poenis tum diversae gravitatis bonorum quae Legibus poenalibus tuenda sunt, rationem habere, tum diversae gravitatis noxiae vel culpae, quacum bona illa laedi solent, cujus rei probatio nec ad argumentum nostrum pertinet, nec admodum est difficilis. Ridiculum sane est con-

(1) OERSTED, Grundregeln, § 21. pag. 157. — MITTERMAIER, Beitraege zur Lehre vom Versuche, § 3.

tendere, eum qui dolo malo *vitam* alteri ademit, non gravius esse puniendum atque eum qui dolo malo alteri *pecuniam* abstulit, vel eum qui alteri vitam ademit *dolo malo* non esse gravius coërcendum atque eum, qui vitam alteri ademit *ex inconsiderantia.* Ad *utramque* rem in poenis mensurandis prudentissimus quisque Legumlator adcuratissime respicit, et ex his suspicari licebit, non ex *uno* summo principio absolutum cujusvis poenae modum posse inveniri. Si nunc poenis justissime ex utraque ratione constitutis, Legumlator de laesionum conatibus aliquid statuere omisisset, judex, licet conatu alicujus laesionis prohibitae legem quae eamdem prohibuit, violatam esse dicere deberet, pro eo conatu tamen neque poenam ex suo arbitrio constituere posset, neque criminis consummati poenam infligere quin laederet sanctissimam illam regulam, ex qua, licet non solum ex verbis sed etiam ex sententia legis sive *tacito* Legumlatoris voluntate poena possit irrogari, nunquam tamen puniri quis potest ex Legumlatoris *praesumta* voluntate. Praeterea ne ratio quidem foret praesumendi Legumlatoris voluntatem, quia, ut infra docendum est, ratio Juris Criminalis diversam et conatus et consummati criminis punitionem postulat. Hinc nulla poena in conatum irrogari potest, nisi quae ipsa lege speciatim in conatum est constituta. Pro ipso vero Legumlatore mensura puniendi conatus ex neutra ratione supra indicata inveniri potest; si enim dixeris eam mensuram ex animi conditione repetendam esse, conatum proximum et remotum, cum in utroque idem animus sit, eadem poena plectendum esse, foret dicendum; si vero dixeris, illam mensuram ex laesionis qua-

litate repeti debere, foret statuendum, in plurimis casibus impunem esse debere ipsum proximum conatum, cum eo saepissime nulla laesio effecta, nullum damnum materiale datum, sive nullum eorum bonorum minutum est, ex quorum necessaria tutela jus puniendi originem ducit. Hinc videtur pro *mensura* puniendi conatus *tertia* ratio in auxilium esse vocanda, scilicet *damnum illud intellectuale* quod ex ipsa *legis poenalis violatione* potest oriri; et ut puniendi conatus fundamentum aliquo modo differt a fundamento poenae delicti consummati, ita etiam puniendi hujus et illius ratio ex diversis pendere videtur momentis. In constituendis *diversarum laesionum* poenis Legumlator computare debet vim mali quo a maleficiis avocandi sunt homines, secundum id quod gravitas boni tuendi per se et nulla ratione habita legis poenalis valet in animos ipsorum malevolorum, in distribuenda poena *inter consummationem et conatum* vero legumlator legem poenalem jam latam in crimen consummatum debet imaginare, et vim mali propter legis violationem meriti computare ex diverso effectu quem factum, plus vel minus accedens ad consummationem, sit habiturum in reliquorum civium animos, qui ex ipsa legis sanctione fiduciam debent concipere consociationi civili necessariam. Ad confirmandam vero necessitatem conatus in genere puniendi etiam hoc addi posse credo, quod sine certitudine poenae conatus in *quibusdam criminibus* nihil retineret cives a laesione ipsa consummanda, quia consummata laesione de poena *ex rei natura* non amplius sermo esse potest. E. g. civitatis constitutione aliqua ex omnium consensu adoptata, summum

bonum sociale omnium civium intelligi debet haec ipsa constitutio, et poenis in perduelles propositis ipsius constitutionis conservatio spectari. Hinc etiam ex gravitate illius boni per leges poenales tuendi malum poenale aestimari debet in perduelles constituendum, et proprie crimen consummatum non est, nisi bono illo everso sive eversa constitutione. Nonne autem ridiculum foret, in eos solos qui *evertissent* constitutionem, poenam constituere, nullamque in eos qui eam *evertere conati essent?* Eversa enim populi alicujus constitutione communiter de poena in conversionis auctores irroganda non amplius agi potest, et hinc si conatus essent impunes, ad ipsam consummationem criminis avertendam poenae prorsus invalidae forent. Quapropter etiam plerumque ii qui conati sunt Rei Publicae eversionem, perduellionis crimen jam consummasse intelliguntur in sensu legali, licet nondum consummata sit laesio ad quam avertendam perduellionis poenae proponuntur; et hinc subinde necessitas esse videtur distinguendae notionis criminis consummati theoreticae a notione practica, qua de re jam supra diximus.

§ III.

An merito Codice in conatum remotum generali sanctione non animadvertatur?

Conatus igitur puniendus est, et in ea re Codex Gallicus omnino rei naturae consentaneus est. Recte etiam Codex nudam cogitationem ab omni poena absolvit, ut jam probavimus

in prima parte nostrae Disputationis. Nunc autem superest, ut Codicis praecepta examinemus circa conatus diversos gradus servanda. Jam demonstravimus, solummodo conatum proximum Jure Gallico ex generali regula poenis affici, et ideo conatum remotum regulariter ab omni poena eximi. Nunc oritur quaestio, an facta quae solummodo delictum praeparant, poena coërcere debuisset Legumlator? De ea re Auctores multum dissentiunt. Alii enim ideo Legumlatorem vituperant, quod solummodo conatum puniendum esse decrevit, si adesset *initium exsecutionis*, et praeferendam esse sanctionem opinantur, qua consilium delinquendi a momento quo factis ad exsecutionem tendentibus manifestata esset, poenis afficeretur, nec ulla actio qua ad perficiendum crimen esset progressus delinquens, impunita maneret, variam tamen poenam pro variis tentaminis gradibus esse infligendam, eoque majorem existimant, quo propius ad rem perficiendam reus accessisset. Haec sententia ea praecipue ratione nititur, quod tali sanctione majori prospiceretur securitati societatis civilis, et, si in conatum in omni casu pro modo admissi poena statueretur, homines magis ab ipsis maleficiis avocarentur. Praeterea hoc necesse esse putant, ut legis poenalis auctoritas omnibus mediis sustineatur, ideoque ex eorum sententia omnia facta ad delictum tendentia, vel praeparatoria, punienda sunt, quia iis quoque lex poenalis violata, et societas civilis turbata dici possit (1). Sed alii hanc sententiam fortiter oppug-

(1) LEGRAVEREND, traité de la législ. crim. Vol. I. pag. 95 in notis. Idem, in opere: des lacunes et des besoins de la l. c. pag. 252. Vol. I. — OERSTED,

nant, quorum primus est Clarissimus Mittermaier (1) cujus sententiae etiam in universum accedendum esse videtur. Si tamen dicitur, facta quae criminis exsecutionem mere praeparant, per se considerata omnino licita esse, neque iis legem violari, neque ex hujusmodi actionibus erui aut probari posse intentionem certam et immutabilem delictum perficiendi, hoc non omnino admittendum esse puto. Verum quidem est, emere venenum sive gladium, et scalam conficere, per se esse ἀδιάφορα sive actus indifferentes, nihil illiciti continentes, et licet quis ea cum animo occidendi vel furandi fecerit, dubium admodum esse, utrum ille veneno emto hominem interficere aut noxia animalia occidere, utrum scala confecta ad muros transcendendos furtumque faciendum an ad carpendos ex sua arbore fructus uti voluerit, hinc saepissime intentionem malam tunc tantum patere, si ad ulteriora progressus fuerit delinquens, voluntate mala igitur nondum certa nullam irrogari posse poenam in remotum conatum. Sed an non idem aliquo modo dici potest de factis delicti exsecutionem inchoantibus? Annon etiam exonerare sclopetum per se est actus indifferens, et annon inter-

Prüfung des Baierischen Strafgesetzbuchs, pag. 150 et seq. Grundregeln der Strafgesetzgebung, § 24. — BOEHMER, ad art. 178. C. C. C. — PHILIPSE, pag. 94. pag. 6 et 11. 112. 113. 114. 119. 120.

(1) Neues Archiv, Tom. I. part. 2. pag. 172 et seq. Tom. II. part. 4. pag. 604-610, et in Annalibus Heidelberg. 1824, pag. 655 et 656. — Cf. PUETTMANN, § 107. — KLEINSCHROD, Tom. I. § 32 et 37. — BEXON, Code de sûreté, part. II. pag. 12, introduction, et ibid. Lib. II. part. 1. art. 55 et seq. — LEFEVERE, pag. 10, 11 et 27. — WINTGENS, pag. 79, 97. — FEUERBACH, Lehrbuch, § 42.

dum tali facto commisso de vera intentione agentis non minus dubium esse potest, quam mera praeparatione facta? Annon e. g. si medicus aegrotanti venenum dederit, dubium esse potest, num sanandi an occidendi animo dederit; an vero propterea dici potest, medicum nunquam esse propter tale factum ob veneficii conatum puniendum? Ceterum si dicitur, actu praeparatorio *legem non violari*, hoc aliquo sensu verum est, quatenus scilicet Legumlator eum actum revera non *vult* puniri, sed his nihil dicitur ad quaestionem, quatenus *debeat* puniri? Contra aliquo sensu etiam legem violasse is dici potest qui contra legem quidcunque fecit, et cum factorum alia externa sint alia interna, sive mala proposita, is quoque, qui e. g. contra legem qua homicidium prohibetur, consilium homicidii committendi cepit, aliquo modo legem violasse dici potest. In universum vaga est admodum notio violationis legis, et vellem ut ab ea locutione et a locutione non minus vaga *laesionis juris* se abstineant Juris Criminalis Scriptores in fundamento juris puniendi sistendo, et in disquirendo poenarum modo, atque loco harum rerum numquam certe definiendarum sine petione principii, magis spectaretur *laesio bonorum* quae legibus poenalibus tuenda sunt, vel *laesio fiduciae* quam legibus poenalibus ad bona illa tuenda propositis, pro propria securitate concipiunt cives, et quae fiducia plus vel minus laedi vel minui potest, quo magis vel minus a maleficis ad ipsam laesionem illorum bonorum acceditur, quo magis vel minus manifesta est eorum intentio. Quaeri vero potest, num conatu remoto illa fiducia numquam laedi possit aut minui, num conatu remoto numquam

constare possit de mala agentis voluntate? Si quis e. g. saepius dixerit et scripserit, se patrem suum occidere velle, etiamsi hoc notum fuerit, non revera civium fiducia de qua diximus turbari potest, quia millies hominum dicta proferuntur ad quae exsequenda ipsis deest audacia. Si vero ad illa dicta et scripta aliud factum accesserit, et filius improbus alium quem patris inimicum esse crediderit, adierit, et manifestato ipsi consilio ab eo venenum emerit, ut patrem necaret, et venditor veneni adscitis testibus rem ad magistratum detulerit, et venenum apud filium repertum, et hic rem confessus fuerit, an de animo delinquendi non constaret? An civium opinio de vi legis poenalis non minuta, an fiducia illa de qua diximus non turbata foret? Annon omnes inde certitudinem aliquam haberent legem poenalem in parricidas scriptam ad homines ab atrocissimo crimine detinendos non sufficere? Annon necessaria foret aliqua poena ad legis auctoritatem sustinendam? Annon damnum aliquod consociationi civili datum esse dici posset, fortasse non minus, quam si quis, quum in venatione versaretur cum suo inimico, occidendi animo in hunc sclopetum exonerasset, ita vero ut plumbum non inimicum sed bestiam feriret? Hic tamen *proximum* et ille filius non nisi *remotum* criminis conatum fecit. Non omnino itaque consentire possum Viro Clarissimo Mittermaier, qui Viro Clarissimo Legraverend dicenti de conatu remoto: « *la société a été troublée par cette manifestation extérieure, et le trouble qu'elle a éprouvé doit être reparé,* » objicit, hac locutione contineri meram principii petitionem; nam quaestionem semper manere, an in hoc casu revera tur-

bata fuerit societas civilis. Neque verò omnino JCto Gallico possum accedere, qui regulam generalem vult constitui pro conatu remoto; hac sanctione enim puniendae essent actiones innumerae omnino licitae, adeoque ad vitam civilem necessariae, vel saltem propter ea facta, sub praetextu, mala intentione ea commissa esse, cives in judicium facile vocari, et, licet non probata intentione forent absolvendi, tamen multis modis vexari possent. Hinc in periculum vocaretur libertas civilis, eo magis cum propter ejusmodi factum saepius aliquis non in unius sed in plurimorum criminum accusationem incidere posset. Ei e. g. qui scalam confecisset, imputari posset vel occidendi, vel furandi, vel aedes incendendi, vel sacrilegii, vel stupri violenti, vel raptus committendi, vel alius aliquis malus animus, quocum conjunctum illud factum conatus remotus diversissimorum criminum posset considerari.

Potius igitur dicendum esse videtur, conatum remotum ex regula generali non puniendum esse, nec in ipsis omnibus criminibus gravioribus; cui sententiae etiam D. Hume (1), Scriptorum Juris Criminalis apud Scotos facile princeps, adsentiri videtur, dicendo, praecipue illum conatum esse puniendum, qui aliis *perfectum crimen* dicitur, neque tamen eum solum, sed etiam praeter hunc quemvis alium, si modo dici posset *an inchoate acte of exsecution*. Hoc etiam aliquo modo quadrat in rationem, ex qua conatum vult puniri Vir Clarissimus. Dicit enim, eum puniendum esse, ne ulterius pro-

(1) Comment. on the Law of Scotland, pag. 27. Vol. I.

grediatur delinquens. Criminis praeparati impunitate itaque proxime tantum ad criminis inchoationem delinquens impelli, et si hanc poenis sanciret Legumlator, etiamsi nondum ad ultimum actum ventum esset, opportuno adhuc tempore per conatus prohibitionem aliquid fieri ad consummationem impediendam, fortasse JCto videbatur. Alia ratio non regulariter puniendi conatum remotum, ex eo repeti potest, quod limites inter conatum remotum et actus ad nudam cogitationem accedentes non magis *certi indubitatique* sunt, atque ii qui inter conatum proximum et remotum ponuntur; si itaque lege jubente ex generali regula omnes conatus criminum remoti puniendi essent, nonnunquam judices pro remoto conatu declararent facta, quae potius continent nudam consilii manifestationem, et hinc subinde nasceretur periculum, ne laederetur sacratissima illa regula: *cogitationis poenam nemo patitur*. Aliquatenus nostram sententiam confirmat ipse Legraverend (1). Dicit enim Vir Consultissimus de cogitatione sceleris: « *l'impossibilité d'atteindre les auteurs des crimes* ou des délits projetés, sans tomber dans un arbitraire effrayant, sans recourir en même temps à des mesures vexatoires, a dû faire préferer dans toutes les législations libérales, le parti de l'impunité à celui de la répression d'une pensée coupable, dont la preuve serait presque toujours incertaine et équivoque; » et hae rationes etiam omnino ad conatum remotum pertinent (2). Quodammodo etiam nobis adnuere videtur Clar.

(1) Traité de législation Vol. I. pag. 91.

(2) Cf. FEUERBACH, Lehrbuch § 42. — WINTGENS, pag. 71.

Saxoniae JCtus Tittmann (1): « das Wesen des Versuchs wird durch die Absicht selbst bestimmt; denn nichts kann als Versuch betrachtet werden, was nicht als Mittel zur Erreichung der Absicht gewaehlt worden ist. » Quae vero a Celeberrimo Feuerbach (2) ea de re dicuntur : « dass bürgerliche Strafbarheit ohne eine *dem aeussern Recht widersprechende Handlung* unmoeglich, eine Handlung aber nur dann *aeusserlich* rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt oder gefaehrdet, die rechtswidrige Absicht allein aber keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit giebt, » ea minus apta esse puto, ad initium definiendum a quo poenam mereatur conatus; exit enim JCtus a vaga admodum *juris laesionis* notione, de qua nostram sententiam jam superius exposuimus. Nec ex iis quae Celeberr. Romagnosi (3) profert circa punitionem conatus remoti, certa regula deduci posse videtur, in conatus enim poena definienda, ut equidem censeo, respiciendum est minus *ad necessitatem illius vis qua a conatu detineri debeant homines, lege in conatum scribenda*, sed potius ad *magnitudinem damni quod ex legis in crimen consummatum scriptae violatione, per conatum effecta, reparandum sit.* Praecipue dura foret punitio conatus remoti in Codicibus, in quibus ea praesumtio doli admitteretur, cui adhuc nonnulli Legumlatores favere videntur; et tandem, ut observavit Vir Clariss. Mittermaier (4), litium sumptus nimis auge-

(1) Op. laud. § 107.
(2) Lehrbuch § 42.
(3) Vol. II. pag. 240 et seq.
(4) In Ephem. Heidelb. pag. 656.

rentur pro Re Publica, si de conatu quovis remotissimo criminum institueretur quaestio, quae ratio politica reliquas a nobis allatas aliquo modo adjuvat. Regulam igitur generalem rejiciendam esse crediderim, qua conatus remotus in omnibus criminibus puniretur, neque tamen possum assentiri iis Scriptoribus qui, velut Wintgens (1), contendunt, in nullo casu nullisque delictis conatum remotum puniri posse. Sed potius admittendum esse arbitror circa conatum remotum idem praeceptum, quod a Gallis de conatu proximo *delictorum* in specie ita adpellatorum puniendo adoptatum est, scilicet conatum remotum non posse puniri, nisi in casibus *quibus id speciali legis dispositione sancitum sit.* Ipsa ea quae dicit Vir Clar. Mittermaier (2): « der Versuch eines Verbrechens faengt an strafbar zu werden, wenn der Verbrecher Handlungen vornimmt, welche auf die Anwendung der zur Ausführung des beschlossenen Verbrechens bestimmten Mittel gerichtet sind, durch welche er 1° entweder auch nur die wirkliche Anwendung seiner Mittel anfaengt, oder 2° in die Lage sich setzt, in welcher nur mehr die Benutzung der vorbereiteten Mittel zur Endigung des Verbrechens, oder die Vornahme der Haupthandlung gehoert, welche das Verbrechen begründet, » non generali regula sancienda esse credo. Nam si delinquens actiones instituit quibus tendit ad usum aut applicationem mediorum, quae ad delicti exsecutionem parata sunt, ejusmodi actiones in pluribus casibus non magis quam ipsa mediorum

(1) Diss. laud. pag. 97.
(2) Archiv II. part. 4. pag. 602-606.

comparatio, indubitate malum animum exhibent, ideoque nec magis quam haec illud damnum efficiunt, ad quod reparandum in conatum animadvertendum esse videtur. Interea tamen fatendum est, in pluribus casibus ex ejusmodi factis animum delinquendi satis indubitate patere, ideoque poenam esse infligendam, quamvis ea facta potius ad remotum conatum pertineant, vel saltem in exsecutionis initio non constare, sed ei proxima tantum esse dici possint. Exemplum proponit Philipse pag. 123. ex Méjan collectione caussarum celebrium. Filia scilicet quae matrem senem necare sibi proposuerat, venenum emit, criminis sibi consortem adjunxit, et cum eo de mediis ad delicti exsecutionem inservientibus deliberationem iniit, sed rumore quodam subito in aedibus orto, se proditam credidit, et metu excitata ab exsecutione destitit. In hoc casu nondum aderat initium exsecutionis, nam illa non usa est medio quo directe crimen perficeretur, licet medium esset comparatum adeoque ad usum mox faciendum praeparatum, intentione reae tamen indubitate patefacta, constabat, legem poenalem atrocissimum scelus prohibentem non fuisse sufficientem ad filiam illam a crimine detinendam, et hinc sine dubio poena aliqua erat ex Juris Criminalis ratione merita, licet conatus non haberet notas omnes legales, atque propterea puniri non posset. Adeoque, ut jam superius diximus, facta quaedam, indubitate tantum praeparatoria, ex qualitate sua peculiari eum effectum habere possunt, ut iis labefactetur fiducia ex prohibitione alicujus laesionis in omnes cives redundans, cum contra facta alia a vera criminis spectati exsecutione aeque remota eumdem effectum habere

non possint. Hinc, ut equidem censeo, recte is qui adulteravit clavem ad furtum committendum, punitur, contra ille qui scalam confecit ad idem crimen perficiendum, a poena eximitur, licet utrumque factum consistat in mera comparatione adminiculi criminis, utrumque aeque remotum sit ab exsecutione, et furtum hoc vel illo adminiculo perpetratum aeque grave habeatur. Hinc etiam recte Gallorum Legumlatores confectionem falsae clavis, neque vero generali regula, sed speciali legis sanctione poena adfecerunt; ceteroquin ex eo quod in doctrina de furto illud factum est prohibitum, satis patet, Legumlatores voluisse illud tamquam furti conatum remotum considerari. Ex his igitur patet, in plura facta praeparatoria, quia iis legis poenalis aliquam laesionem prohibentis auctoritas violatur, ratione publicae utilitatis poenam rite constitui. Ipse Wintgens, licet sententiam contrariam defendere videatur pag. 67, dixit pag. 93 suae dissertationis : *conatus propior magis puniendus est quam remotus*, quibus fateri videtur, aliquando puniri posse *conatum remotum* (1). Numquam tamen a Legumlatore *regula generalis* de *remoto* conatu constituenda est, et contra, licet ratio sit conatum *proximum* regula generali sanciendi, in singulis criminibus etiam ratio esse potest, ipsum conatum proximum a regula generali *excipiendi*, praecipue in iis casibus, ubi id quod ex lege consummatum crimen esse intelligitur, sua sponte non nisi conatus est alicujus laesionis. Nec omittendum est, recte quidem Codice Gallico

(1) LEFEVERE, pag. 24 in fine. Videatur etiam PHILIPSE, pag. 114. — BARBACOVIUS, pag. 78 et 83, editionis prioris.

nec ullam regulam generalem sancitam esse *de omnibus factis praeparatoriis* puniendis, nec regulam de quibusdam factis praeparatoriis in *quovis criminum genere* puniendis, vituperandum tamen esse Legumlatorem, quod non plures ejusmodi speciales sanctiones proposuit, ex quibus judices possent in singulis criminibus atrocioribus non solum initium executionis, sed etiam executionis praeparationem aliquam propter rei infamiam et laesam exinde communem legis poenalis fiduciam punire, eo magis cum in singulis criminibus nimis generaliter atque severe actus praeparatorios qualescumque, velut in crimine laesae Majestatis, consummati criminis poena adfecerit.

§ IV.

Examinatur sententia, ex qua non nisi perfectum quod vocant, crimen puniendum esse contenditur.

De eo omnes fere Scriptores Juris Criminalis consentiunt, eum qui in crimine perficiendo adeo progressus est, ut jam initium exsecutionis factum esse dici possit, esse puniendum, in eo enim casu plerumque nullum amplius dubium superesse potest de vera agentis intentione, saltem non magis de intentione ambigi potest, quam ipsa laesione consummata. Magis itaque quam actu mere praeparatorio, facto initio exsecutionis voluntas legi contraria *manifestatur*, et hinc reliquorum civium persuasio de vi legis psychologica *minuitur*; necesse est igitur, ut legis auctoritas sustineatur, et ad dam-

num conjunctioni civili datum reparandum poena inferatur. Actus praeparatorius plerumque admodum tempore quoque distat ab ipsa criminis exsecutione, et cum vis animi humani in consilio aliquo exsequendo computari soleat a temporis intervallo, quod inter actum consilium manifestantem et momentum exsecutionis interest, minus creditur veritati consilii quod non nisi praeparatione aliqua exsecutionis manifesta est, sive eo minus serio captum consilium creditur, quo magis factum quo ad ejus exsecutionem tenditur, ab ipsa exsecutione distat, et hoc in exsecutione bonorum et malorum consiliorum obtinet. Etiamsi igitur facta praeparatione ad criminis exsecutionem futuram omnibus hominibus persuasio dari posset, eum qui praeparationem fecit, momento praeparationis intentionem habere criminis exsequendi, plurimi tamen cogitarent, adpropinquante ipsa exsecutione forte minutum iri animi audaciam, et legem adhuc vim suam monitoriam iri comprobatum. Alium vero in hominum animos effectum habet ipsa inchoatio exsecutionis; ut enim homines exsecutione inchoata se ipsos sentiunt ad perficiendam eam alacriores, ita etiam alii inchoata exsecutione judicant, perfectum iri quod jam coeptum animadvertitur. Si igitur delinquens non amplius ab exsecutione longe abest, praecipue si jam proxime accessit ad finem criminis adtingendum cujus exsequendi consilium iniit, non amplius tanta spes superest, fore ut proprio motu ille a crimine se abstineat; et licet fortuitus casus interveniat qua exsecutio suspendatur, plurimi tamen persuasum habebunt, delinquentem crimen consummaturum fuisse, etiamsi ille casus non intervenerit.

Damnum igitur illud quod in puniendo conatu spectandum esse jam pluribus locis diximus, generaliter conatu proximo datur, et ex his nullum dubium superesse credo de conatu proximo generaliter puniendo, etiamsi forte generali ejusmodi sanctione comprehenderentur conatus factorum quae, licet ex notione legali pro consummatis criminibus habenda sint, ex sua natura tamen non nisi conatus sunt laesionum. Quamvis enim harum laesionum conatus remoti puniantur eo, quod puniuntur proximi conatus factorum quae per se sunt illarum proximi conatus, potest tamen ratio esse illarum laesionum conatus remotos quoque puniendi, fortasse eadem quae postulat, ut earum conatus proximi jam pro consummatis criminibus habeantur. Sed ubi generali sanctione criminum conatus proximus a lege fuerit punitus, prudens Legumlator in singulis criminibus definiendis cogitare debet, se, eo quod alicujus laesionis conatum, licet proximum, jam pro consummato crimine vult haberi, propter generalem de conatu propositam regulam, ejusdem laesionis conatum remotum punire; et hinc, si hoc ipsi minus aequum videtur, in tali crimine regulam generalem de conatu cessare, expresse debet enunciare.

Ex iis quae adhuc diximus, porro patet, non solum eo conatu qui *perfecti criminis* nomine venit, damnum illud intellectuale, per poenam reparandum, dari, verum etiam regulariter omni conatu quem *proximi conatus* nomine continemus. Licet enim solo perfecto crimine *plena omnibus detur persuasio*, legem poenalem *nullam vim habuisse* in

delinquentis animum ad eum a maleficio avocandum, neque idem dici possit in aliis conatibus proximis, ubi casu fortuito ante perfectionem criminis interveniente, saltem *credi posset*, aliquam adhuc *vim habituram fuisse* legem poenalem, si casus non intervenisset; hoc tamen plerumque *verisimile non est*, et hinc *plurimis hominibus persuasio contraria* dari solet. Licet igitur minus quam perfecto crimine, aliquo tamen modo *plerumque* reliquis quoque conatibus proximis persuasio ea minuitur, quam conservare plurimum interest Rei Publicae, et hinc de omni conatu proximo puniendo *regula generalis* juste proponitur. Quapropter etiam laudandus est Legumlator Gallicus, ex cujus *mente*, ut jam probavimus, omnis conatus proximus puniri debet, licet *verbis* articuli secundi non nisi perfectum quod vocant crimen contineri videatur. Idem sentit Clariss. D. Hume (1), qui praecipue (more especially) hoc puniendum esse putat, neque vero hoc necessarium (not indispensible) esse existimat, ad conatum generaliter puniendum. Contra Wintgens (2) conatum solummodo puniri posse, si sit omnino proximus, sive delictum perfectum quod dicunt, existimare, et hinc, si contuleris inter se diversos locos ex ejus opere, credere videtur, conatu solummodo legem violari, si delictum ex parte agentis omnino sit perfectum. Attamen Scriptor Doctissimus ipse pagina 95 et 98 sustinet, conatum propiorem posse puniri, quare aliis locis ille solummodo sententiam

(1) Op. laud. Vol. I. pag. 27.
(2) Diss. laud pag. 27. Cf. pag. 52. 101.

suam minus diserte explicuisse, credendus est. De hac quaestione etiam loquitur Bexon his verbis (1): « si la volonté de commettre une action dangereuse et mauvaise se manifeste par des actes directs et extérieurs qui en commencent l'exécution, si la cessation de ces actes, de ce commencement d'exécution, ne provient pas du propre mouvement ou du repentir de l'auteur, si la continuation et le complément n'en sont suspendus et arrêtés que par des circonstances fortuites, indépendantes de sa volonté; c'est-à-dire, si celui qui a tenté ou commencé une action qui, complète, constituerait un délit ou un crime, *a été surpris ou arrêté dans l'action même*, et *que l'on puisse conclure que sans cela il allait la consommer*, il n'a plus pour lui le motif de la justice que la loi rend à son repentir volontaire, et le désir qu'elle a toujours que la menace des peines qu'elle établit, se retraçant dans la pensée, retienne les hommes loin des mauvaises actions, et les arrête quand ils seraient entraînés à en commettre, et elle doit le punir, parce qu'il n'a dépendu de lui que le mal de son action ne se réalisât, et ne devînt complet. » Pro parte tamen in his verbis quaedam minus adcurate dicta esse videntur, quae superius jam in locis ex JCti Itali Romagnosi opere relatis vituperavímus. Expressa enim sanctio legalis poenae in conatum infligendae ex nostra sententia non propterea necessaria est, ut ejus poenae imaginatione homines a conatu retineantur; licet hoc recte dici posse videatur, malevolos, si viderint impunitum manere conatum ab aliis commis-

(1) Code de sûreté, part. II. pag. 12.

sum, facile sibi persuadere posse, ipsam poenam in consummatum crimen lege sancitam non habituram esse exsecutionem, eoque ad crimen hoc committendum allici; qua re nostra sententia confirmatur, conatum juste puniri.

CAPUT II.

VARIA ARTICULI SECUNDI VITIA EXPONUNTUR.

§ I.

Conatus proximus quo commisso a consummando maleficio adhuc sola auctoris voluntate recedi potuisset, licet non voluntas auctoris consummationem impedierit, levius quam crimen consummatum puniendus est ex ratione Juris Criminalis.

Codex Gallorum quo adhuc utimur, conatum proximum eadem poena qua crimen consummatum puniendum esse statuit, oritur vero quaestio, an revera ejusmodi principium sit rationi Juris Criminalis consentaneum? Praecipue quaeri potest, an reus qui initium exsecutionis quidem fecit, crimen tamen nondum perfecit quantum potuit, eadem severitate sit coërcendus, qua plectendus esset crimine consummato; quod nobis

negandum videtur ex ratione Juris Criminalis; licet, ut capite priori probavimus, caussa sit aeque justa, de tali conatu puniendo generalem regulam proponendi, quam ipsum crimen perfectum quod vocant, juste ex regula generali punitur. Est vero jam generaliter indicatum, fundamentum poenae legibus in conatum constituendae aliquo modo diversum esse a fundamento poenarum in consummatas laesiones constituendarum, et adeo in mensuranda poena conatus aliam rationem adhibendam esse ac in mensuranda poena delicti consummati. Legumlator qui in poena conatus constituenda poenam in crimen consummatum jam sancitam supponere debet, in illa mensuranda nonnisi ad hoc respicere potest, quatenus illud damnum, ad quod reparandum consummato crimine plena ejus poena irroganda est, conatu quoque societati civili datum intelligi possit; et hinc qua ratione illud damnum in conatu minus esse videtur, ea ratione debet consummati criminis poena in conatu minui. In eo vero conatu de quo agimus, illud damnum indubitate minus est quam in consummato crimine, commisso enim tali conatu non indubitate constat, legem poenalem omnino inefficacem fuisse, sive nullam prorsus vim habuisse in animum agentis, ad eum a delicto consummando amovendum. Cum enim ad hujus conatus notionem constituendam non necesse sit, ut ex parte delinquentis omnia jam sint perfecta, eo commisso non certum est, delinquentem qui jam initium exsecutionis fecit, non recessurum fuisse a crimine, si ejus consummationem non impedivisset casus. Fiducia igitur mutua, quae civibus poenarum sanctione in laesionum auctores proposita injicitur, non tantopere minuitur com-

misso tali conatu, quam si revera consummatum est crimen; quoniam reliqui cives in illo casu credere possunt, legem poenalem fortasse adhuc efficacem fuisse futuram in mente delinquentis, ad eum a perficiendo scelere avocandum. Quamvis *plurimi* habere soleant in tali casu persuasionem contrariam, eam tamen non aeque *omnes* habere dici possunt, et licet propterea caussa sit, regulam *generalem* de puniendo conatu proponendi, hinc non sequitur eam esse debere ita *severam*, ut conatus consummato crimini aequipararetur. Licet porro aliquo sensu dici possit, poena in laesionem proposita a lege, non minus *violari* legem poenalem effecta laesione, quam ejus conatu initium exsecutionis continente, certum tamen est, non eodem modo quo in crimine consummato legis poenalis violationem esse *manifestam*. Et cum damni legis violatione dati gravitas pendeat a modo quo ea fit manifesta, et ad hoc damnum reparandum in violatores legum poena sit irroganda, ex ipso poenarum fine sequitur, minorem poenam delinquenti in nostro casu esse irrogandam, eademque ratio quae, ut conatus puniatur, postulat, ejus mitiorem animadversionem suadet. Etiam tunc, si admitteremus conatus puniendi eam rationem qua saltem, ut supra diximus, ejus puniendi necessitas confirmatur, scilicet etiam si diceremus, conatum esse puniendum, ut impediretur criminis consummatio, et is, contra quem conatus directus erat, ab ulteriori adgressione redderetur tutus, nihilominus inter conatum et crimen consummatum quidam modus poenarum servandus esset. Nam in eo solo quod quis publice judicatus est criminis conatum fecisse, aliqua vis ab

ulteriori criminis conatu amovens continetur, et pro eo qui conatu adtentatus est, propriae securitatis sponsio; eo judicio enim augeretur certitudo punitionis in animo delinquentis, si ad idem delictum postea consummandum ille denuo impelleretur, et hinc spes impunitatis in eo minueretur, quia timere deberet, ne crimine, cujus conatus prius casu impeditus ipsum reum fecerat, revera ab ipso nunc consummato, statim in ipsum caderet omnium suspicio. Notum vero est plus valere poenarum *certitudinem* quam earum *severitatem* ad impedienda delicta. Cum igitur propter minutam impunitatis spem, ab eo qui jam judicatus est conatum criminis fecisse, ulterior ejusdem criminis conatus minus timendus sit, minori poena opus est ad ulteriorem adgressionem et criminis ipsam consummationem impediendam. Alii alia ratione student demonstrare necessitatem differentiae poenarum in consummatum crimen et inchoatum statuendarum. Praecipue, cum ex omnium et Legumlatorum et JCtorum consensu eadem laesio effecta diversis modis sit punienda, prout ea effecta fuerit dolo vel culpa, et hinc varia voluntatis conditio poenae diversitatem efficere debeat, ex eadem ratione conatum levius puniendum esse dicunt. In eo conatu enim de quo nunc agitur, delinquens voluntatem minus pravam ostendere quam in delicto consummato videtur; plurimi enim inveniuntur homines qui conatui quidem committendo pares sunt, quibus tamen deest audacia atque nequitia ad consummandam laesionem, ut experientia quotidiana probat, plurimos proximo jam conatu commisso ab exsecutione criminis recedere propria voluntate motos. Sed contra hanc

sententiam observari potest, saepius quidem illum qui crimen tantum conatus est, voluntatem habere minus pravam quam eum qui id consummavit, sed hoc non esse perpetuum. Potest quis cum firma voluntate hominem occidendi e. g. venenum emere, et eamdem animi constantiam usque ad ipsam criminis exsecutionem conservare, et tunc prima criminis praeparatio ex animo non minus pravo quam ipsa exsecutio venisse dici potest. Revera prava voluntas non ita *adparet* in conatu quam in consummato crimine, et hinc non potest eumdem in communem hominum opinionem *effectum* habere. Sed si haec est illius dicti sententia, illud ab iis quae superius diximus non differt, et argumentum, ut videtur, ex conditione *voluntatis* deductum, accedit ad illud quod ex natura *damni* conatu dati deduximus. Magis diserte pro leviori conatus punitione haec loqui videntur. Si quis propria voluntate post proximum conatum commissum exsecutionem suspendit, ex communi omnium sententia vel impunis est vel leviori poena plectendus. Si quis vero casu impeditus fuerit a consummando crimine, probari quidem nequit, delinquentem si casus non intervenisset, libera sua voluntate laesionis effectum fuisse impediturum; sed tamen id fieri potuisset, nec contrarium certum est. Si igitur in eo casu delinquens punitur ac si crimen consummasset, niti videtur punitio praesumptione doli usque ad extremum momentum continuati, et merus casus delinquenti videtur abstulisse facultatem poenitentiae, qua sine illo casu impunitatem potuisset acquirere. Illud vero in Jure Criminali subinde adoptatum principium, ex quo *dolus praesumitur*, est perniciosis-

simum (1), et omnis Juris rationi adversatur, hinc etiam lex quae, etiam si non constaret, auctorem conatus executionem fuisse consummaturum, ipsi tamen laesionis perfectae poenam infligit, ac si extra omnem dubitationis aleam esset positum, eum in dolo perseverasse, iniqua esse videtur. Sed et hoc argumentum aliquo modo ad id accedere videtur quod primo loco proposuimus. Ceterum de ea re sic egregie loquitur Bexon (2): « qui pourra être assuré que, quoiqu'ayant commencé une action, on ne se serait pas arrêté encore, et qu'on ne l'aurait pas consommée? La pensée en est difficile, je l'avoue; mais enfin cela n'est pas impossible, et il faut aimer à le croire. Je ne puis voir, dans une tentative de délit ou de crime, la gravité qui pourrait résulter de celui qui aurait été entièrement exécuté, et cela ne peut se faire que par des *conséquences tirées du raisonnement*, *en partant du fait où l'on a été surpris*, *pour en conclure ceux qu'on voulait exécuter*, *et l'étendue de leurs effets*, ce qui semble dangereux, et contraire aux principes de la législation, et à la proportion que la justice exige dans les peines. Il est essentiel, dit Montesquieu, que les peines aient de l'harmonie entre elles, et *où serait cette harmonie*, *où serait la certitude de leur justice et de leur nécessité*, *si*, *parce que*

(1) Cf. CARNOT, ad art. 2. Cod. poenarum, pag. 11 in fin. et 12. — GABINUS DE WAL, in Orat. laud. pag. 49. — MITTERMAIER, ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts, Bonn 1819. pag. 14 et seqq. — DESTRIVEAUX, pag. 163.

(2) Cod. pénal pour le royaume de Bavière, introduct. part. 2. pag. 12 et 13. Idem, parallèle du Code pénal d'Angl. pag. 143.

quelqu'un aura été surpris ou arrêté dans une mauvaise action, on le punissait comme si cette action avait été entièrement exécutée, et avec toutes les circonstances qui ne se sont cependant pas encore réalisées, mais que l'on présume qui se seraient réalisées, et auxquelles on appliquerait les mêmes peines, que si effectivement elles étaient toutes existantes, et que si on en avait une conviction à l'abri de tout doute et de toute incertitude? »

Romagnosi quoque qui de hoc argumento ut nuperrime ita uberrime scripsit, de ratione inter poenam conatus et poenam criminis consummati sistenda loquens, contendit: « che la parità di pena è ingiusta ed impolitica. » Hoc tamen admittit, quia poenam conatus *necessariam* esse ducit ad impediendam *consummationem*, nec aliud fundamentum puniendi conatus statuit, qua in re in ejus sententiam discedere nequeo. Ceterum sagacissime post verba jam relata addit haec: « valutanda l'attentato interrotto per caso fortuito di forza insuperabile al pari degli altri interrotti per altri ostacoli esterni, la società può fare questo raziocinio, o che un dato tentativo, promosso da un dato interesse del delinquente, non incontrerà, come ho fondamento di prevedere, *verun* ostaculo *esterno* insormontabile, ed allora io non traggo sussidio che dalla *sola forza* della pena per contenerlo nel suo nascimento, o almeno nei suoi progressi. O sarà per avventura arrestato da cagioni *fisiche* invincibili; ed allora io sarò

(1) Vol. II. pag. 215. et sqq., praecipue pag. 221. et pag. 219.

sicura di più, io avrò la forza della pena, cui l'incertezza mi dà diritto d'usare, *più* la forza dell' ordine fisico di natura. » Vere admodum idem JCtus, loquens de argumento quo contraria sententia defenditur, ait : « con questo argumento non si stabilisce forse il diritto di punire il solo pensiero e la sola volontà? » Clarissimus Destriveaux (1) denique similibus verbis utitur ratione casus similis : « la loi qui punit la conspiration comme le crime, est injuste et impolitique; injuste, en ce que violant toute règle de proportion, elle franchit toutes les distances qui séparent *la pensée* du crime d'avec le crime même, » ad quae addit inferius : « combien de conspirateurs à l'instant de commettre le crime, reculent épouvantés ! » Quae vero omnia etiam aliquo modo dici possunt de conatu, in quo nunc versatur disputatio nostra.

Pro mitiori conatus poena etiam dici posset, eum qui criminis alicujus exsecutionem inchoavit, magis animi impetu egisse, nec dum gravitatem criminis ita intellexisse videri, atque eum qui ad finem produxit exsecutionem. Quae enim aliquis e longinquo videt, nondum tam atrocia apparent, quam quae in praesenti ei facienda sunt, et non solum pravae impiaeque voluntatis minor constantia et pertinacia, verum etiam minor voluntatis libertas saepius in conatu manifestatur. Certissime saltem saepius potest aliquis animi impetu impelli ad primos actus quibus exsecutio alicujus criminis inchoatur, aliis autem actibus ad laesionem efficiendam pos-

(1) Pag. 6 in fine, 7 et 8.

tea commissis tranquilla accedere animi deliberatio, ita ut denique dici possit, consummatum delictum magis, quam coeptum, fuisse meditatum. Cum autem meditatum delictum gravius puniendum sit quam non meditatum, exinde quoque ratio esse potest, levius animadvertendi in conatum. Praeterea cum criminis consilium, etiamsi e. g. verbis simpliciter sit manifestatum, ut superius probavimus, *nunquam* puniri, *saepissime* vero, ut itidem demonstravimus, ne remotus conatus quidem coërceri possit; cum tamen a prima criminis cogitatione usque ad perfectam ejus exsecutionem cogitari possit longa factorum series, inter quae ut mutuus caussae et sequelae nexus, ita continua cum consilio atque cum laesione consummata necessitudo obtinet; arbitraria admodum videtur sanctio Legumlatoris, qua summa ejus severitas quasi subito in aliquod ex illis factis cadit, et quasi saltu ab impunitate ad plenam criminis poenam pervenitur. Ex hoc solo igitur quod primum factum quo manifestatur criminis consilium, communiter non puniendum videtur, et omnis sanctionis poenalis finis in evitanda laesione ipsa consummata versatur, jam effici posse videtur, quae inter utrumque momentum in medio versantur, ea quoque, si quam punitionem merentur, non nisi media aliqua plecti debere poena.

Monere debeo hoc loco, me non satis intelligere, quid sibi voluerit Clariss. Cropp (1), cum diceret, ex parte delinquentis idem detrimentum ex conatu Rei Publicae et legum sanc-

(1) Dissert. laud. sectione I. pag. 81, in medio.

titati adferri quam ex consummato crimine, quod vero ad personas ejus in quem peccatum et reliquorum civium adtineret, multum interesse. Adcuratius forte diceretur, non solum eum qui prohibitam laesionem consummavit, sed etiam eum qui exsecutionem criminis inchoavit vel praeparavit, adeoque eum qui consilium laesionis efficiendae cepit vel nudis verbis manifestavit, legem violasse, sive, quod jam supra diximus, legem vel mente, vel verbis, vel conatu, vel consummatione criminis violari posse; sed variam legis violatione manifesta in reliquorum civium animos vim exerceri, sive varium communitati civium intellectuale damnum dari, prout tentatum fuerit vel consummatum crimen, et hinc levius in illud, gravius in hoc esse animadvertendum. Neque tamen propterea admittere vellem praeceptum illud a Beccaria (1) propositum, unicam gravitatem delictorum et hinc poenas mensurandi rationem repetendam esse ex damno societati civili per quodvis delictum dato, neque ex ea quasi ex communi notione ad rite distribuendam poenam inter consummationem et conatum perveniri potest. Si enim cogitamus Legumlatorem poenam in aliquod delictum consummatum e. g. homicidium statuere volentem, dicere quidem possumus aliquo sensu, gravitatem poenae definiendam ab eo esse ex gravitate damni quod per hominis caedem societati civili datur, sed hoc damnum quod per poenae comminationem a societate civili advertere vult Legumlator, semper cogitatur tamquam damnum quod, etiamsi a poenae

(1) Dei delitti e delle pene, § 24.

sanctione mentem avocamus, civitati potest dari, et in conatu homicidii *prorsus nullum* est. Contra damnum quod ex conatu alicujus criminis lege jam prohibiti in civium communitatem redundare intelligitur, sine lege poenali in consummatum crimen jam constituta *cogitari non potest*, ergo illius cum damno prius indicato nulla est comparatio. Si igitur, ut communiter fit, spectatur illud damnum *ad quod avertendum* poenae in maleficia *constituendae sunt*, sive illud damnum in civitatem, sive in singulos cadere dixeris, dici non potest, illud damnum *minus* esse in conatu, cum illud in conatu *nullum* sit. Hinc si consequenter vellemus ex ea sola notione damni per *leges* poenales a societate civili *avertendi* progredi, deberemus statuere, nullam poenam in conatum proximum esse irrogandam, quod etiam a nonnullis contenditur, qui credunt, civitatem quidem posse in auctorem conatus aliquo *adminiculo securitatis* uti, ad eum coërcendum, *poenam autem in vero hujus vocabuli sensu* irrogari in eum non posse. Inter adminiculum securitatis autem et poenam, differentiam admittunt fere eamdem, atque jure nostro inter *peine proprement dite* et *le renvoi sous la surveillance de la haute police* obtinet.

Ex his etiam dijudicari potest, quatenus adcurate locutus sit Clar. Risi, cum diceret (1): « dans les délits, dit Saturninus (2),

(1) Observ. sur la proc. crim. traduit. du latin, pag. 111 et 112, editionis latinae Mediolan. anni 1766. pag. 92. 93.

(2) L. 16. D. de poenis.

on fait beaucoup d'attention à l'événement qui donne lieu à déterminer le dégré de la peine, non seulement *sur l'intention du delinquant*, mais *aussi sur le mal qu'il a causé à la sociéte par son action*, *ainsi plus l'acte tendant au crime*, *se trouve éloigné d'être consommé*, *moins il en résultera de mal pour la société*, de-là la peine devra être d'autant plus legère. » Similibus verbis, paululum adcuratioribus tamen, utitur consult. Bexon (1) dicens : « je me demande d'abord si l'offense est aussi grande envers la société par un crime commencé que quand il a étè entièrement exécuté, je conçois que le danger a existé, que l'allarme a pu être grande; mais le danger et l'allarme ont bientôt cessé, *le tort, principal objet de la peine*, *n'a pas été réalisé*, *et n'eût-il été que moindre*, *la réparation doit-elle être aussi forte*, *doit-elle être égale à celle du tort entièrement réalisé?* En second lieu, que l'on puisse avoir une idée positive des effets résultans d'une action consommée, je le conçois, *et ce sont les calculs les plus certains dans la proportion des peines*. Mais, comment calculer ces effets, lorsqu'il s'agit d'une action seulement commencée? et déterminer la peine d'après des présomptions hasardées, pour l'égaliser à celle applicable au fait que l'action commencée indique devoir être exécuté, me paraît impossible, et ne pas pouvoir s'accorder avec la justice (2). »

(1) Cod. pén. pour le royaume de Bavière, introduct. part. II. pag. 12.

(2) Vid. id. Auctor, parallèle du Code pénal d'Ang. pag. 142 in fine et 143. Sed non sibi constare videtur eodem opere pag. 329, ubi ad justificandam Codicis anni 1791. sanctionem, qua tentatum homicidium ut con-

Ad haec JCti verba observandum est, non propterea puniendum esse conatum, quod praesumi possit eo commisso, effectum crimine spectatum eventurum fuisse, nisi fuisset delinquens in crimine consummando impeditus; nec unquam ab aliquo Legumlatore, quasi per fictionem aliquam effectus praesumtus effectui secuto aequiparandus esset, in conatum plena criminis consummati poena irrogata est. In universum monendum esse videtur, diversitatem effectuum noxiorum factorum humanorum, per se et sine respectu ad legem poenalem spectatorum, Legumlatori mensuram quidem poenarum suppeditare debere, neque vero mensuram poenarum pendere ab hoc solo momento. Legumlator ex gravitate bonorum humanis factis laedendorum poenae gravitatem aestimans, simul rationem habet necessitudinis inter laesionem quamvis et voluntatem ad illam directam obtinentis. Ut enim

summatum puniebatur, dixit : « il est vrai que, l'homicide n'étant pas consommé, le tort qui pouvait résulter du crime, n'est pas égal, et que l'atrocité semble en diminuer; mais si le dessein étoit le même, si l'intention est prouvée avoir été celle de tuer, le crime est égal de la part de celui qui l'a commis, et qui a voulu le consommer, et cette disposition de la loi doit paroître juste !» Cf. idem, Cod. pénal pour le royaume de Bavière, Lib. II. part. I. art. 66, et 124. Lib. V. Cf. etiam ea quae leguntur in opere Beccariae Gallice reddito, Neufchatel 1797, pag. 229: « deux hommes ont essayé de voler, l'un n'a rien trouvé dans le coffret, l'autre, plus heureux, trouve de l'argent et s'en empare. La malice de l'acte est la même, et par conséquent leur péché est égal en lui-même, mais le dommage qu'éprouve la société dans ces deux cas, étant bien différent, les délits ne seront donc pas les mêmes, et dans les tribunaux de l'Europe il seront punis différemment. » Facile intelligetur, non multum probari his verbis.

Legumlator poenarum constitutione vult avertere aliquod damnum, ita vult illud per vim qua voluntas moveatur avertere, et si gravius sicarii quam fures puniuntur, hoc non solum fit quia homicidii poena gravius damnum avertendum, sed etiam quia pravior voluntas vincenda est. Hinc etiam ad quodvis delictum duo elementa necessario requiruntur, quasi animus et corpus, et utriusque elementi summum fastigium est *effectus laesionis* et *laedendi animus*, hoc notio *doli*, illo notio *consummationis* criminis definitur. Plena igitur poena legis qua prohibita est aliqua laesio, laedendi animo facta, non nisi laesione effecta per voluntatis *intentionem* ad id directam merita est. Ut vero laesio quae ex hominis facto *evenit*, non punitur, si nullo modo voluntati imputari, levius autem, si voluntatis *inertiae* adscribi potest, ita etiam *intentio* laesionis humano facto manifesta non punienda est, si nullo modo hoc factum ad laesionem tendit, et levius, si eo facto *spectata* quidem sed non effecta laesio erat. Eadem igitur fere necessitudo inter *laesionem dolo*, *culpa* et *casu* effectam esse videtur, ac inter *intentionem laesionis consummatione*, *conatu laesionis*, et *nudis verbis* manifestam.

Cum legumlator Gallorum saepius ex *diverso* effectu ejusdem facti, etiamsi hoc in diversis casibus eadem mente esset commissum, ut in vulneribus illatis, diversam poenam constituerit, eo magis mirandum est, eum generaliter nullam rationem habuisse effectus omnino *non* secuti, et conatum proximum generaliter consummato crimini adaequasse. Saepius quoque jure nostro *imprudenter* facta levissimis poenis

adficiuntur quae, si *effectum* habuerunt alicujus laesionis, multo gravius coërcentur. Nonne vero inter factum ejus qui telo *imprudenter* jacto hominis vitam in periculum vocavit, et ejus qui *imprudenter* jacto telo hominem occidit, similis necessitudo obtinet, ac inter factum ejus, qui hominem occidere *conatus* est, et ejus qui hominem *dolo* occidit? Si igitur ratio est, facta imprudentia, ubi poenis digna videntur, propter damnum quod *paene* ex iis ortum esset, multo levius puniendi, quam eadem imprudenter facta, si iis laesio *effecta est*; debet etiam ratio esse, *conatum* levius puniendi, quam *laesionem dolo perfectam.* Contra si quis dicere vellet, *dolum*, sive dolosum factum exitum habuerit sive non, semper eumdem esse posse; responderi posset, *imprudentiam* quoque plane eamdem manifestari posse facto quod noxium effectum habuit, atque eo quod talem effectum non habuit. Ut vero ad damnum redeamus quod conatu quoque dari superius diximus, et minus esse quam damnum delicto consummato datum demonstravimus, non satis moneri posse videtur, in hac comparatione mentem avocandam esse omnino a damno, ad quod avertendum Legumlator poenam in crimen consummatum statuit; hoc enim in conatu prorsus nullum est. Ratio contra habenda est in illa comparatione solius ejus damni, quod post legem in crimen sancitam, facto contra eam commisso, datur conjunctioni civili, eo quod minuitur illa fiducia quam lex ipsa poenalis omnibus pro securitate bonorum ipsis a Re Publica spondendorum inspirat. Hoc damnum vero consummato etiam crimine post illud lege prohibitum efficitur, praeter damnum ad quod averten-

dum lex in id lata est, et hoc damnum, licet minus, aliquanus tamen etiam conatu efficitur. Ejus reparandi necessitas conatus poenam postulat, eamque leviorem illa quae in crimen consummatum est infligenda. Hoc etiam adcuratius quam alii Scriptores Galliae, Clar. De La Porte (1) indicasse videtur his verbis : « l'événement ou l'effet que produit un crime, contribue aussi à le rendre plus ou moins punissable, car quoique la suite ou l'événement d'une action soit une circonstance indifférente qui ne change pas les motifs de cette action, cependant on y avait autrefois égard dans la société, en sorte que de deux actions qu'on suppose être du même caractère et produites par le même mouvement, on est plus irrité contre *celle suivie d'un événement qui cause un grand trouble dans l'ordre public, qu'à l'égard de celle qui n'a pas de suites aussi désastreuses.* C'est en conséquence de cette règle que les crimes qui n'étaient pas suivis d'effet, ne recevaient pas la même peine que quand l'effet s'en était ensuivi. » Minus perspicua sunt ea quae de eadem re quondam Italiae Legumlatores retulerunt (2) : « vi è un interesse per non lasciare impunito l'attentato, e vi è una ragione e un interesse per non punirlo come il delitto perfezionato, nel quale *la prava intenzione del colpevole è accompagnata dal danno della società, immediato o indiretto.* » Notatu digna adhuc

(1) Instruct. crim. Paris 1819. Vol. II. pag. 13 et seq.

(2) Rapporto che contiene i motivi del progetto del Codice penale, in opere : collezione dei travagli sul Codice penale pel regno d'Italia, Brescia 1807, Vol. I. pag. 180.

alius JCti Itali (1) verba hic referre liceat : « il delitto di già perfezionato lede gli altrui diritti ; il conato offende la tranquillità, e la sicurezza o pubblica o privata, la quale è uno de' piu preziosi diritti. » Ceterum et hic JCtus, cum Italiae Legumlatoribus laudatis, conatum levius quam crimen consummatum puniendum esse censuit.

§ II.

Infirmantur quorumdam Auctorum huic praecepto adversantium sententiae.

Ex iis quae in § superiori exposita sunt, conatus initium exsecutionis constituens, nec usque ad illud momentum progressus, ubi nihil amplius poenitentia valet, puniendus est, quia eo bonum, licet ex ipsa consummati criminis prohibitione demum civibus datum, sola tamen poenae irrogatione reparandum, laeditur. Conatus talis vero, ut porro probatum est, levius puniendus, ejusque rei caussa proxima est, quod *bonum illud minus eo laedatur* quam crimine consummato, caussa vero remota, quod *eo voluntas legi infensa minus manifestatur* quam consummato crimine. Plurimi quidem neque tamen omnes JCti hanc sententiam amplectuntur. Inter dis-

(1) Principj del Codice penale, opera postuma di Fr. M. Pagano, in opere : Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale, Firenze 1821, Vol. I. pag. 33.

sentientes Filangieri eo magis nominandus est, cum ejus doctrina apud Galliae Legumlatores plurimum valuisse videatur. Dicit vero Vir Celelebertimus (1): « se la pena, che siegue il delitto, non è destinata ad altro che a garantire la società dalla perfidia del delinquente, e distogliere gli altri dall' imitare il suo esempio; nella volontà di violare la legge, manifestata coll' azione dalla legge istessa vietata, si trova l'uno e l'altro motiva della pena. Il delinquente ha mostrata la sua perfidia; la società ne ha ricevuto il funesto esempio. O che l'evento abbia o no, corrisposto all' attentato, questi due motivi di punire esistono ugualmente. L'istessa causa dee, dunque, produrre l'istesso effetto, e quest' effetto è l'uguaglianza della pena. » Haec vero argumentandi ratio facile evertetur. Nam primum falsum est, poenas in eum finem irrogari ut delinquens in posterum a laesione jurium se abstineat, quoniam poena in hoc casu esset praeventionis quam vocant adminiculum, quod non nisi sub certis conditionibus potest exerceri, et tamquam fundamentum omnis punitionis juris notioni adversaretur. Nam eo quod quis delictum semel commisit, non dari potest sufficiens persuasio, eum in posterum denuo laesiones jurium esse effecturum; unde ex ea caussa poena affici non potest quivis delinquens. Licet porro in speciali casu commissi conatus criminis, ad impediendam criminis ejusdem consummationem adminiculum praeventionis licitum esse, aliquo modo dici posset, ut superius demon-

(1) Scienza della legislazione, edit. laud. Vol. III. pag. 189. Lib. III. cap. 37.

stravimus, ex eo ipso quod quis propter conatum criminis ad poenam qualemcumque *condemnatur*, in delinquente, si postea ad crimen idem consummandum alliceretur, spes, auctorem criminis non detectum iri, *minueretur*, et sic sponsione aliqua pro non consummando crimine jam data, minor sponsio per poenam necessaria, sive levior poena sufficiens est ad finem illum praeventionis adtingendum, ut itidem jam explicavimus. Nec etiam poenae inferuntur, prout contendit Filangierius, ut alii malo in transgressorem inferendo a laesionibus deterreantur. Licet enim illud argumentum Kantianum quo communiter utuntur ad infirmandam hanc propositionem, in eo scilicet casu civitatem *homine* uti tanquam *medio* ad suum finem attingendum, et alios a crimine avocandos, idque dignitati humanae repugnare (1), non omnino comprobandum videatur; consequenti tamen illius systematis executione dicendum foret, ad poenam irrogandam non opus esse legis poenalis sanctione, sed si quod maleficium atrox fortasse antea ignotum committeretur in civitate, exempli caussa ejus maleficii auctorem, etiamsi nulla lex in hoc maleficium antea lata esset, puniendum fore, quod esset absurdum. Potest quidem aliquo sensu dici, exempli caussa irrogandas esse poenas, hoc vero non nisi respectu ipsius

(1) PUETTMANN, opusc. Jur. Crim. prol. 9 pag. 258, 259, vid. tamen pag. 260 et 270. Idem PUETTMANN, pag. 271, sententiam Filangierii impugnat. Cf. etiam: Versuch einer Anleitung zur Sitten-lehre für alle Menschen ohne Underschied der Religionen, nebst einem Anhange von den Todesstraffen, Berl. 1783. pag. 4 et 298. — LEFEVERE, pag. 22, in fine. — CROPP, pag. 27 et 28.

comminationis poenae verum est; vana enim foret omnis poenae comminatio, nisi facto contra eam commisso, certa poenae irrogatione omnibus daretur persuasio, serio propositam esse illam comminationem, et hinc poenae irrogatio ad vim legis monitoriam conservandam necessaria est. Hoc vero idem est quod diximus, poena legis auctoritatem sustineri, damnum intellectuale reparari debere, et ex hoc ipso probavimus supra, poenam conatus leviorem esse debere. Ipse Filangieri, dicendo, poenae finem esse *distogliere gli altri dall' imitare l'esempio del delinquente*, hoc non nisi ratione habita legis dicere videtur, cum paulo post loquatur *della volontà di violare la legge.*

Rationes autem quibus ex his praemissis utitur Celeberrimus Auctor ad probandum, conatum eodem modo quo delictum consummatum esse puniendum, non meliori fundamento niti videntur, nam primum quod ait: *il delinquente ha mostrata la sua perfidia*, ex iis quae jam superius exposuimus, facile refelli potest. Fieri quidem potest, eum qui conatum fecit, jam *habuisse* eamdem perfidiam, eamdem voluntatem legem violandi, atque eum qui illud perfecit, ille vero eamdem perfidiam non *monstravit*, sive potius homines de ejus voluntate legi infensa non eamdem habent persuasionem, et ex hoc solo momento aestimari debet, quo modo poenae in consummata crimina lege constitutae, meritae sint factis externis quibus quis legem violandi voluntatem manifestavit. Ceterum hic observari possunt quae scripsit ipse Filangieri, cum de delinquendi animo nudis verbis manifesto

ageret (1) : « se io dico, per esempio, ad un altro uomo : io ho determinato, di uccidere il tale..... dopo questo discorso non potrei io, forse, cambiar di volontà? Non potrei io divenir l'amico di colui che io odiava, ed il defensore di colui, che io aveva determinato d'uccidere? La legge potrebbe, forse, punirmi di un delitto che non ho ancora commesso! » Haec etiam quodam modo ad nostram caussam pertinent, nam in conatu de quo hic sermo est, fieri etiam potest, ut delinquens post eum commissum ad meliorem vitae frugem redeat, et a consilio incoepto desistat. In eo autem quod dicit Filangieri ad hunc casum a priori distinguendum, in hoc scilicet voluntatem legem violandi jam esse manifestatam *coll' azione dalla legge vietata*, certissime inest petitio principii, et aliquo modo, ut jam demonstravimus, ipsum consilium criminis committendi dici potest *un' azione dalla legge vietata.* Cum enim per poenae comminationem *voluntatem* vult a maleficio avertere Legumlator, jam ipsa *actio* voluntatis ad efficiendum crimen, sive consilium captum a lege *prohibitum* dici potest, licet non possit puniri. Nec denique, licet aliquo sensu de conatu vere dicatur : « *la società ne ha ricevuto il funesto exempio*, » exinde recte concluditur, conatum delicto perfecto aequiparandum esse. Si civitas singulis civibus spopondit bonorum integritatem poena proposita, negari quidem nequit tranquillitatem civium facto ad delictum tendente turbari, quare etiam in hoc casu facti auctorem puniendum esse, propter aliquod damnum

(1) L. l. pag. 186.

effectum; hoc tamen nullo modo probatur, ex conatu tantum damnum in civitatem redundare quantum ex consummato crimine. Minutam esse civium de bonorum suorum securitate persuasionem, omnino concedimus; sed an eodem modo minuta sit, an igitur tam graviter laesa sit Res Publica ab eo qui tentavit crimen, quam ab eo qui illud perfecit, haec est altera quaestio in cujus solutione Filangieri admodum errasse mihi videtur. Egregie etiam sententiam Filangierii impugnat Celeberr. Romagnosi (1) his verbis: « Filangieri, mercè di una palese confusione ed inversione d' idee ha usatò di questo solo motivo per decretare indistintamente a qualunque attentato la pena del delitto consumato, o che l'evento abbia o no corrisposto all' attentato, purchè l'attentato stesso sia un atto dapprima vietato dalle leggi civili. Quasi che le fattizie umane istituzioni possano far cangiare a loro capriccio la *natura reale* degli atti umani, ed i rapporti immutabili del diritto, talchè uno scrittore, che detta regole onde formare giuste leggi, debba piegarsi alla cieca a qualunque legge civile già fatta, o, a dir meglio, supponendola già fatta di qualunque specie ella sia, decretare il supplicio ad un uomo. Giudico superfluo di estendermi sul fondamento di questo pensamento di un *tanto* scrittore, ma talvolta *inconsiderato* (2). »

Vidimus autem, Gallorum Legumlatorem ex hac caussa

(1) Vol. II. pag. 212. not.
(2) Cf. id. Romagnosi, Vol. II. pag. 249. n. 1.

etiam ea quae in articulo II reperiuntur, constituisse. Sic enim in expositione rationum loquebatur Treilhard: « l'auteur de la tentative *a commis le crime autant qu'il était en lui de le commettre, il a donc encouru la peine prononcée par la loi contre le crime même.* » Tum, si Legumlatoribus Gallicis auctor conatus videbatur aeque moraliter scelestus ac si omnino perfectum fuisset delictum, et si ex hac ratione, solummodo ad forum internum pertinente, illi eamdem poenam pro conatu et consummato crimine justam censuerunt, admodum confudisse videntur imputationem moralem, *la culpabilité de conscience*, cum juridica quam dicunt imputatione, *la culpabilité civile*. Licet enim is qui consilium delinquendi suscepit, etiamsi nondum actiones instituerit ad delictum perpetrandum, forsitan moraliter aeque pravus sit atque alius qui revera crimen perfecit, an exinde sequitur, utrumque esse in foro externo eadem poena publica afficiendum? Nec necessarium erit plura addere ad ea quae jam Mittermaier (1) aliique de ea re egregie dixerunt. Praeterea si Viri Amplissimi Treilhard verba supra relata vera essent, nihilominus vituperanda foret articuli secundi Codicis sanctio; nam eo articulo, ut vidimus, non solummodo ordinaria delicti consummati poena afficitur delinquens, si apparet, eum quantum poterat delictum absolvisse, sed etiam ex eadem dispositione punitur, si pervenit ad initium exsecutionis, etiam si in consummando crimine ulterius progredi, et ab eo sine

(1) Beitrage zur Lehre vom Versuche, Tom. I. § 7 et Tom. II. pag. 603 et seq.

momentis fortuitis quae intervenerunt, adhuc recedere potuisset. Neque etiam comprobari potest sententia articuli II ratione *utilitatis publicae*; minime enim hoc civitatis tranquillitas atque felicitas postulare videntur, ut poena justos limites transgrediatur, et praeterea, si utilitas publica sola poenae modum deberet definire, exinde sequeretur, eum qui dolo malo ad Rei Publicae eversionem aliquid fecit, eadem poena esse plectendum, atque eum qui ex inconsiderantia Rei Publicae integritatem summo periculo exposuit, quod nemo sanus contendet.

Peculiarem sententiam habere videtur Cropp; opinatur scilicet in criminibus *atrocioribus* conatum sicut crimen consummatum esse puniendum, et idem principium in delictis levioribus sub *quibusdam conditionibus* esse observandum (1). Ad hanc sententiam defendendam dicit, poenas primo in eum finem inferri, ut legibus obediens reddatur delicti auctor, et sic de eo reliquorum civium existimatio restituatur, tum ut in animo laesi legum fiducia reparetur, atque ipsi honor et existimatio apud reliquos cives restituatur, porro ut poenae illatione reliqui cives in posterum legis auctoritatem revereantur, atque ab ea non recedant (2), tandem emendatio delinquentis praecipue tanquam finis poenarum ab eo consideratur. Ex hisce principiis Clariss. Auctor conatum graviorum criminum puniendum esse eodem modo quo crimen perfectum, credere videtur, quasi in ejusmodi

(1) Sect. I. pag. 19. Dissert. laud. Cf. pag. 13. 14. 15. 16.

factis legis poenalis finis primarius esset, ut *delinquens ad meliorem vitae frugem rediret*, et igitur in iis delictis puniendis magis *persona delinquentis spectaretur*. Cum porro *ex parte delinquentis* idem detrimentum Rei Publicae legumque sanctitati conatu quam delicto consummato afferri credat Auctor Clarissimus (1), in gravioribus criminibus conatus eodem modo quo crimen consummatum ipsi puniendus videtur. Idem consequenter observandum est ex ejus sententia in delictis levioribus, si poena in ea infligenda magis ad delinquentis emendationem pertineat; secus vero si poena statuta sit, ut delicto laesus in jura sua et civium existimationem restitueretur; in eo enim casu conatus levius est coërcendus, quoniam homines *injuriam consummatam gravius quam tentatam ferre solent*.

Haec vero sententia falso nititur fundamento; nam primarium legum poenalium finem, praecipue in *gravissimis* maleficiis, ad *emendationem* pertinere, negamus. Praeterea nobis non placet ea *multiplicitas* finium poenarum, ex quibus aliquem pro arbitrio eligere posset Legumlator ad hanc vel illam poenam irrogandam. Romani quidem diversum poenarum finem habuisse videntur, prout eae judicio publico vel privato erant petendae; haec vero sunt aliena a moribus nostris, neque pecuniae damnum poenae nomine irrogatum ad damnum reparandum quod ex delicto passus est homo privatus, vera poena est, ex Juris Criminalis praeceptis di-

(1) Pag. 11.

judicanda. In veris poenis proponendis a principio non nisi unum finem potest habere civitas, finem scilicet per vim comminationis mali in animum malevolorum avertendi mala a conjunctione civili et singulis civibus, et si bonorum omnium sponsio ita legibus poenalibus effecta est, ulterior poenae irrogandae modus repetendus est ex modo mali quod per legum poenalium violationem in ipsam conjunctionem civilem et singulorum tranquillitatem redundavit. Mensura cujusvis mali poenalis tali modo inventa, civitas etiam hoc instituere potest, ut interdum per mali irrogationem simul bonum aliquod pro damnato efficiatur, nominatim ejus emendatio. Hic vero non solus et directus poenarum finis, neque haec ratio esse potest, ex qua in omni casu ipsa debeat poenae mensura definiri. Si enim hoc esset, is qui revera corrigi non posset, consequenter non deberet puniri. Hoc etiam perspexit vir Doctissimus Cropp, et ut ab illa objectione se liberaret, ejusmodi homine Rem Publicam esse purgandam, audacter profitetur; sed ejusmodi remedium saepe nocere posse justae poenarum rationi, omnes intelligent, nam non semper summa poena affici potest civis qui emendari nequit, ob reditum ad crimen poena quidem jure exasperatur, sed tamen justus modus in omni casu servandus est. Praeterea quare potius in gravissimis delictis quam in levioribus poena delinquentis emendationem spectaret, ut ait Cropp, equidem non intelligo. Nec etiam *poenis* opus esse videtur, ut delicto *laesus* in bonam civium existimationem restituatur, ut vult idem Auctor.

§ III.

Confirmantur rationes jam allegatae ratione politica.

Expositis igitur in § superiori objectionibus nostra sententia non infirmatur; sed ea etiam aliis rationibus confirmari potest. Prudentia scilicet politica et civium securitas quoque postulare videntur, ut conatus quem nondum quantum potuit absolvit reus, levius puniatur quam crimen perfectum. Poenam scilicet mitiorem statuere debet Legumlator in eum qui quidem jam initium exsecutionis fecit, nondum tamen ex sua parte crimen absolvit; *ut a crimine perficiendo se abstineat*, *spe levioris poenae*. Alias enim delinquentes qui conatum proximum jam commiserunt, scientes se poena delicti consummati ordinaria jam esse afficiendos, nulla poenam effugiendi spe data, ex ipsa lege poenali nullum amplius frenum habent quo a maleficio detineantur, ideoque nullo interveniente impedimento externo, ipsa poenae jam meritae consideratione movebuntur ad crimen perficiendum, ut saltem *fructum aliquem ex actione percipiant*, et saepissime etiam, praecipue e. g. in homicidio, *sublato criminis teste major ipsis impunitatis spes detur*. Quare dispositio articuli II impolitica omnino dici potest; nam cur delinquens qui ob conatum proximum poena delicti perfecti ordinaria est afficiendus, ab exsecutione recederet? Ea enim consummata non gravius punietur; unde non tantum ejusmodi lex eos qui conatum proximum commiserunt, ad recedendum non allicit,

sed potius indirecte ad laesionem perficiendam inducit. Contra, si conatus et consummationis poenae diversae constitutae sunt, is e. g. qui ad conatum homicidii fortasse non nisi animi impetu, et quia facti consecutionem secum animo non reputavit, ferebatur, *ab ipso adtentato per crimen, consummati criminis consecutionem ipsius animo proponente, ad tranquilliorem deliberationem impelli et a crimine avocari potest.* Admodum egregie de nostra quaestione disserit Barbacovius (1): « vix ulla unquam spes esset, eum qui crimen facere incepit, inceptum omissurum esse, si aeque pro inchoato ac pro perpetrato crimine poenam daturum se esse sciat; cum autem plures esse caussae possint, ob quas sceleris eum incepti poeniteat, quas inter non ultimum locum obtinet poenae majoris metus, quae crimen perfectum manet, nihil est magis perspicuum, quam hoc postremum salubre frenum, quo a crimine perficiendo avocari quis possit, penitus sublatum iri, si non mitiore conatus poena puniatur : *ex quo consequens est, nihil inconsultius esse aut perniciosius ea lege quae et eum qui incepit scelus facere*, et eum qui fecit, aequali eademque poena afficiat. »

His etiam adsentiri videntur Blackstone (2) et Clariss. Beccaria, cujus verba ex Gallica interpretatione hic referre

(1) Cap. 24. pag. 83 et 84, editionis prioris.

(2) Comment. on the Laws of England, Lond. 1809. Book. IV. chap. 1. Vol. IV. pag. 15.

liceat (1) : « quoique les lois ne puissent pas punir l'intention, ce n'est point à dire pour cela que l'action par laquelle on commence un délit, et qui marque l'intention de l'exécuter, ne mérite une peine, *quoique moindre* que celle qui est décernée contre le crime mis à exécution; une peine est nécessaire, parcequ'il est important de prévenir les premières tentatives des crimes; mais comme entre ces tentavives et l'exécution *il peut y avoir un intervalle de temps*, *il est bon de réserver une peine plus grande* au crime consommé, *pour laisser à celui qui a commencé le crime quelques motifs qui le détournent de l'achever* (2). » Neque tamen sufficiens est ratio ex qua hic conatum puniendum esse Vir Clarissimus docuit. Adcommodari etiam ad conatum de quo loquimur, possunt ea quae de casu simili scripsit Destriveaux (3): « les conspirateurs se hâteront d'agir; ils se hâteront de consommer leur crime; livrés à une mort certaine par l'existence seule de la résolution concertée, ils n'ont pas de nouveaux périls à craindre, la mort leur est déjà assurée, » .... et paulo superius : « la loi est impolitique, en ce qu'elle ne vous ménage aucune chance, le crime doit être exé-

(1) Dei delitti e delle pene, § 14, edit. de Paris de 1822, pag. 95, edit. de Neufchatel de 1797. pag. 158 et 159. Cf. ejusdem operis § 23. — Cf. Servan, discours sur l'administration de la justice criminelle, opus denuo editum Parisiis 1821, cum opere Beccariae, pag. 359.

(2) Cf. Lefevere, pag. 11. — Kemper, aanmerkingen op het crimineel Wetboek voor het Koningrijk Holland, pag. 38 et seq. — Tittmann, Tom. I. § 109. — Oersted, § 22. — Feuerbach, Revision, § 26, pag. 269 et seq.

(3) Oper. laud. pag. 7 et 8.

cuté dès qu'il est concerté. » Idem etiam sentit Brissot de Warville (1) : « punir avec rigueur une légère infraction des lois, ce n'est pas seulement user en pure perte le ressort du gouvernement, c'est multiplier les crimes, c'est pousser les malfaiteurs aux derniers excès, *et quelle considération pourrait encore les retenir*, *quoiqu'ils fassent*, *ils n'ont plus rien à craindre.* » Eadem mente ait Legraverend (2) : « j'aurais demontré la nécessité d'établir dans l'intérêt général *de la société* et de *la morale publique une différence entre les peines applicables au crime consommé* et celles qui sont infligées à la tentative de ce crime. » Clarissimus quoque Romagnosi qui inter omnes fere Auctores recentiores uberrime et ingeniosissime, ut equidem censeo, hoc argumentum exposuit, licet non in omnibus illius argumentandi ratio mihi comprobanda videatur, loco jam superius laudato, ubi de poena conatus poenae crimis consummati aequiparata loquitur, ait : « questa parità di pena e *ingiusta* ed *impolitica* (3). »

Contra rationem politicam tamen quam modo adlegavimus, et Celeberrimorum Virorum consensu confirmavimus, objici forte posset, eam esse nullius momenti, quia, si post ipsum conatum proximum commissum, propria poenitentia se abstinet a crimine consummando delinquens, ipsi adhuc

(1) Bibliothèque du Législateur, Vol. V. pag. 129. — BOURGNON DE LAYRE, essai sur le Code pénal, pag. 25. nr. 3.

(2) Des lacun. et des besoins etc. pag. 252.

(3) Cf. Vol. II. pag. 218 et sqbs.

impunitas lege conceditur. Sed an delinquens eo quod recedit a crimine consummato post conatum, simul *certitudinem* obtinet, judices habituros esse ejus recessum pro voluntario? An non timendum ipsi est, ne potius conatum *solo casu fortuito suspensum* sint declaraturi? Et an non hoc quoque eum potius movere debet ad crimen coeptum consummandum, quam ad poenitentiae exitus incerti periculum faciendum, praecipue si cogitat, poenitentiam ipsum saltem non a criminis quaestione liberaturam, contra fortasse criminis consummationem ab eo omnem criminis suspicionem amoturam esse?

Ceterum multi alii Auctores nobiscum consentiunt, sed eos omnes referre, qui praecipue nostra aetate poenam mitiorem in conatum ipsumque proximum, graviorem in consummatum crimen lege irrogari voluerunt, longum est. Licèt solummodo unam adhuc rationem referre, qua apud Veteres summus Plato usus est, ad illam poenae diversitatem demonstrandam. In libro de legibus (1), dè hac re ita disputat Philosophus ingeniosissimus : « *ἐάν τις διανοηθεὶς τῇ βουλήσει κτεῖναί τινα φίλιον, πλὴν ὧν ὁ νόμος ἐφίησι, τρώσῃ μὲν, ἀποκτεῖναι δὲ ἀδυνατήσῃ, τὸν διανοηθέντα τε καὶ τρώσαντα οὕτως οὐκ ἄξιον ἐλεεῖν, οὐδὲ αἰδούμενον ἄλλως ἢ καθάπερ ἀποκτείναντα, ὑπέχειν τὴν δίκην φόνου ἀναγκάζειν. Τὴν δὲ οὐ παντάπασι κακὴν τύχην αὐτοῦ σεβόμενον, καὶ τὸν δαίμονα ὃς αὐτὸν καὶ τὸν τρωθέντα ἐλεήσας ἀπότροπος αὐτοῖς ἐγένετο, μὴ τῷ μὲν ἀνίατον ἕλκος γενέσθαι, τῷ δὲ ἐπάρατον τύχην καὶ ξυμφορὰν,*

(1) Lib. IX. pag. 876. fin. et 877. Stephani.

τούτῳ δὴ χάριν τῷ δαίμονι διδόντα, καὶ μὴ ἐναντιούμενον, τὸν μὲν θάνατον ἀφελεῖν τοῦ τρώσαντος, μετάστασιν δὲ εἰς τὴν γείτονα πόλιν αὐτῷ γίγνεσθαι, διὰ βίου καρπομεύνον ἅπασαν τὴν αὐτοῦ κτῆσιν. » Non possum tamen non discedere in sententiam Clarissimi Romagnosi qui de hac Platonis sententia haec dicit (1) : « Ma le elevazioni religiose di un' anima greca, e le parzialità e le distinzioni fattizie emanate da un piano creato da una vasta e maestosa fantasia non potranno mai essere retti dettami per la ragione che non consulta altro fondamento di fatto, che i rapporti reali della *natura* umana, nè adotta altra regola di giustizia, che i principj del diritto universale. Perciò misi perdonerà, se io non so ammirare in questo pensamento di Platone un modello di prudenza legislativa. »

§ IV.

An varii in conatu proximo gradus a lege distinguendi sint, et eo major poena in conatum sit infligenda, quo propius ad consummationem accessum fuerit?

Conatus igitur delicto consummato levius puniendus est, si delinquens omnia facta non commisit quae ex ipius parte necessaria erant ad laesionem perficiendam; quare principium generale sisti potest, eo magis delinquentem esse puniendum, quo propius accessit ad exsecutionem. Nam quo magis quis in delicto consummando progressus est, eo magis

(1) Vol. II. pag. 213.

animi malicia atque prava voluntas agentis est in aprico, et quo major est delinquentis in conatu assiduitas atque pertinacia, eo majus damnum legis violatione datum esse videtur. Ratio igitur qua conatus puniendus sit, dijudicanda est ex majori necessitudine vel conjunctione quae inter actiones commissas et delictum perfectum intercedit, et quo magis conatus a criminis consummatione distat, eo minor poena est infligenda (1). Conatus igitur vindicari debet ratione habita eorum quae a delinquente ad laesionem efficiendam sunt admissa, et cum cujusvis criminis conatus proximus admittat gradationem, necesse est, ut poena constituatur in conatum proximum talis, qualis possit illis variis gradibus adaequari. An vero propterea *legumlatoris* officium est, singulos tentaminis gradus distinguere, atque poenas in quemvis gradum infligendas definire? Certissimum est, omnes rationes quas attulimus ad probandum, conatum levius quam delictum consummatum esse puniendum, si delinquens nondum ad ultimum actum pervenit, quo commisso nihil amplius poenitentia valet, itidem postulare, ut pro variis conatus gradibus diversae poenae constituantur, et hinc non solum in iis casibus singularibus in quibus remoti conatus poena necessaria esse videtur, ejus poena levior sit ac poena conatus proximi, sed etiam ipsius conatus proximi diversi gradus diversis poenis

(1) Cropp, pag. 49. — Kleinschrod, Tom. I. § 70. — Tittmann, Tom. I. § 109. — Feuerbach, Lehrbuch, § 110 et 111, Revision, Tom. II. § 28. pag. 271. — Philipse, pag. 116, et 117 coll. cum pag. 94. — Wintgens, pag. 111. — Oersted, § 21. pag. 158. — Barbacovius, cap. 24. pag. 83. edit. prior.

adficiantur. Adeoque si de conatus proximi summo gradu, qui delicti perfecti nomine a consummato distinguitur, et de quo inferius proprio § loquemur, mentem avocemus, in quovis crimine adhuc diversa alia initii exsecutionis momenta distingui posse, et ex diverso eorum momentorum progressu diversae poenae infligendae esse videntur. Praecipue in quibusdam nec paucis criminibus, in quibus ex eorum natura inter perfectionem et consummationem distingui non potest, eorum actuum quibus initium exsecutionis constitui dici potest, tanta diversitas, et tam diversa cum consummato crimine necessitudo cogitari potest, ut legumlatoris summa cura sit necessaria, ne omnium eorum actuum poena prorsus sit eadem. Ea de re vix dubium superesse potest; sed an debet in quemvis gradum proximi conatus poena quoque genere diversa constitui? Quot sunt gradus inchoati criminis constituendi? Quot igitur diversa poenarum genera in conatum sunt constituenda? An non fortasse melius foret, pro omnibus proximi conatus gradibus unum poenae genus constituere, ita ut eam inter minimum et maximum adcuratius ex progressu conatus definiendi, *judicibus* relinquatur potestas?

Videamus vero, antequam ipsi de hac re sententiam nostram dicamus, quid Viri Eruditi jam de conatus puniendi ratione exposuerint, ex quibus forte nostrae quaestioni apta responsio suppeditabitur. Jam Celeberrimus Grotius (1) vario

(1) De jure belli ac pacis, Lib. II. cap. 20, § 30. — Cf. HEN. COCCEJUS, ad hunc locum Grotii. — HUFKA, § 141 et 142.

modo puniri conatum voluit. « Injustitia, ait, eo major est, quo majus alteri damnum infertur, ideo primum locum occupent delicta consummata, postremum quae ad actus aliquos non ad ultimum processerunt, *in quibus tanto quidque est gravius, quo ulterius processit.* » Clar. Servin (1) quoque aetate recentiori de hoc argumento dixit : « il faut considérer avec soin le *plus ou moins de pas* que le coupable a faits vers la consommation. »

His tamen elocutionibus proprium quaestionis argumentum non adtingitur. Nec magis ad rem accedere videtur Cl. Legraverend (2) dicendo : « l'avantage de distinguer différens dégrés dans la tentative, et d'en punir l'auteur plus ou moins sévèrement, selon que la marche dans le sentier du crime la rapproche plus ou moins de l'exécution, au moment où il vient à être saisi. » Nec magis ad rem faciunt JCti Bexon haec verba (3) : « il pourrait y avoir quelques distinctions à faire dans l'entière application de la loi du 22 prairial an 4, sur l'égalité ou la différence des peines avec celles prononcées contre les crimes consommés, et elles doivent naître du plus ou moins de *gravité*, *dans le fait de la tentative du crime*, et dans les *circonstances* qui assureraient que l'auteur

(1) Oper. laud. pag. 32.

(2) Des besoins et des lacunes, pag. 252.

(3) Parallèle du Cod. pénal d'Ang. avec les lois pénales françaises, p. 144 in fine, et 145.

de cette tentative *était plus ou moins déterminé à commettre tel ou tel crime.* »

Majori adtentione digna sunt ea quae de conatus poena, sive, ut dicit, *dell' economia delle pene in vista dell' esecuzione del delitto*, Vir Clar. Romagnosi (1) disserit : « la pena dell' attentato viene sempre in *supplimento* di ciò che manca all' efficacia della pena del delitto consumato. Dunque la *forza* dell' interesse del facinoroso ad incominciare e a proseguire il delitto deve calcolarsi a *fronte* degli ostacoli, o della facilità cui la pena del delitto consumato può oppore, o rispettivamente lasciare al suo mal talento. Questo interesse scellerato *cresce* a proporzione che l'attentato *s'innoltra* verso la perfezione del delitto. Deve dunque del pari crescere la *pena* a proporzione che l'attentato si fa più *prossimo* alla consumazione : e sarebbe *ingiusto* il violare questo legge di gradazione. Questa economia *graduata* di pene sulle *parti diverse* dell' attentato quanto sarebbe *utile*, e perciò conforme alla sana politica, altrettanto sarebbe nocivo il sovvertirne l'ordine. Ne' punti diversi dell' attentato si verifica un *grado* diverso *d'interesse* impellente al delitto, come poco fa si è detto; e ne' punti diversi dell' attentato si verifica che l'uomo deve avere nella pena un freno *maggiore* per non commettere l'atto che vieppiù si *approssima* alla consumazione del misfatto. Ciò non basta; in ogni punto più innoltrato dell' attentato, se la legislazione deve opporre un ostacolo più

(1) Vol. II. pag. 271 et sqbs.

forte ai progressi di lui, deve anche offrire un motivo di *pentimento al reo*, onde ritirarsi dai primi passi ch' egli mosse nella via del delitto. Ora, questo non si ottiene solamente in proporzione dello spavento di una maggiore pena annessa all' atto ulteriore non per anche eseguito, ma altresì in ragione dell' interesse che uno ha d'incontrare la sola pena dell' atto già commesso, esaminandolo e combinandolo co' suoi bisogni, colle sue inclinazioni, e colla sua attuale situazione. » Et his notionibus uberius explicatis ita prosequitur Vir Clarissimus (1) : « Dunque *e d'uopo* di fare in guisa che l'accennata modificazione di timore *superi* sempre di forza l'interesse del facinorosa ad inoltrarsi nell' esecuzione del delitto. Ma se dalla gravezza della pena del delitto consumato fino a quella che si stabilisce contro dell' incominciamento dell' attentato non si serbasse una *graduale* proporzione, si potrebbe ciò mai ottenere? A proporzione che l'uomo s'innoltra nell' attentato, egli ha un numero *minore* di atti da compiere onde giugnere alla consumazione, e ad un tempo stesso un *minor* numero di momenti *incerti* e segnati da timore da trascorrere; e d'altronde la sua *pertinacia* suppone in lui una *più forte* e più continuata passione criminosa. Il sentimento dunque della difficoltà si *scema*, e rimane la *forza* dell' interesse criminoso. La sicurezza adunque della società richiede, che nell' attentato prossimo debba *aumentarsi* il grado della pena *al di sopra* di quella che irrogata viene all' attentato rimoto, onde così *rinforzare* contro il delitto il freno indebolito dai

(1) Pag. 274 et seqbs, eod vol.

progressi del malvagio. Per la ragione de' correlativi *contrarii* scorgesi, che negli atti più *remoti* dell' esecuzione criminosa questo grado maggiore sarebbe *soverchio*, e quindi *ingiusto*. Si noti, che nelle cose di fatto della penale legislazione non devesi giammai dimenticare di riportare le nostre idee all' unica pietra di paragone che le può palesare o giuste o ingiuste, voglio dire la *necessità* (1). »

Sed nec in his, licet ingeniosissima et pro parte nova argumenta contineantur, ad demonstrandam necessitatem poenae ex progressu factorum quibus ad crimen consummandum tenditur, augendae, quidquam continetur ad quaestionem supra propositam solvendam. Si vero nostram de hoc argumento sententiam proferre oportet, dicendum mihi esse videtur, legumlatorem quidem pro singularibus casibus conatus *remoti*, pro quibus per exceptionem a regula poena constitui potest, aliud poenae *genus* ac in conatum *proximum* sistere posse; quia communiter etiam a praeparatione criminis ad primum actum exsecutionis non nisi *novo quasi nixu* mali animi pervenitur, quamvis in universum dici potest, a primo criminis consilio usque ad ejus consummationem *perpetuum esse factorum nexum*. Si igitur inter summam actus praeparatorii poenam, et levissimum gradum poenae initii exsecutionis aliquod intervallum servatur, hoc aliquo modo quadrat in naturalem

(1) Cf. quae idem Auctor exponit eodem vol. pag. 273, 274, 276, 278, coll. cum pag. 227, 228, tandem quae dicit pag. 239 et seqbs, 282 in fine, et 283 initio.

differentiam quae inter remotum et proximum conatum obtinet. Contra varii actus ad inchoationem criminis pertinentes, licet inter se admodum *gradu* differant, arctiori tamen inter se conjunctione contineri videntur et *generis* communione, ita ut, si legumlator in varios inchoationis gradus varia poenae genera constitueret ejusmodi, ut maximum unius non proxime accederet ad minimum alterius, forte objici possent judici casus, in quibus neutra poena adaequata, sed ea consentanea videretur, quam inter utrâmque in medio positam irrogandi facultatem non haberet. Si contra Legumlator sanciret, ut in primum proximi conatus gradum e. g. poena carceris ab uno anno ad duos, in secundum gradum a duobus annis ad quinque irrogaretur; quibus momentis, *in quovis crimine iisdem*, primus gradus a secundo distingueretur? Et nonne Legumlator prudentius sanciret, poenam proximi conatus sive initii exsecutionis debere poenam carceris esse, a judice *ex vario initii exsecutionis progressu* inter minimum unius anni et maximum quinque annorum definiendam? Non nimium judicis arbitrium restringendum esse puto, si modo generaliter ipsi a lege monstretur ratio ad quam debeat arbitrium suum dirigere. Ex his igitur quae modo diximus patet, Legumlatorem debere 1° nec in varios gradus proximi conatus unquam diversa delictorum *genera* constituere, 2° nec unquam in conatum proximum in genere talem poenam sancire, qualis nullâm admittat *gradationem*. Ex his amplius patet, quantum a ratione Juris Criminalis discedat articul. II, qui generaliter poenam initii exsecutionis poenae delicti consummati aequiparando, saepissime initium

executionis *poena mortis*, vel *poena operis perpetui* plectit, quae, nisi judex magis velit loco earum *plenam impunitatem* pronunciare, in *omnes* actus inchoationis, sive proximos consummationi, sive ab ea remotiores, indistincte sunt irrogandae.

§ V.

De vitio articuli secundi circa doli praesumptionem.

Summo vitio, ut jam ex iis quae diximus, sequitur, laborat principium Codicis nostri, *conatum proximum in omni casu poena delicti perfecti ordinaria afficiendum esse*, si momentis fortuitis et a voluntate agentis non pendentibus exsecutio fuerit impedita (1). Qua sanctione non solum per se aequitas violatur, justaque poenarum ratio, verum etiam gravissimorum incommodorum caussa praeberi potest. Jam superius diximus, Legumlatorem constituendo, conatum, fortuito casu interruptum, crimini consummato esse aequiparandum, constituere *injustam doli praesumptionem*, quasi *pro certo haberet*, si casus fortuitus non intervenisset, reum continuaturum mali animi pertinaciam, atque crimen perfecturum fuisse. Et licet Legumlator Franco-Gallicus aliquo modo hanc praesumptionem infirmare voluisse videatur, dicendo : « *si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites* ; » his verbis tamen vix plus dicit, quam si usus esset verbis : « *si elle a été suspendue par des circonstances fortuites.* » — Superius enim jam probatum est, de *solo crimine perfecto* quod di-

(1) Recte illud etiam vituperat LEFEVRE, pag. 30. 31.

cunt, non intelligi posse illa verba, si tamen, Legumlatorem non inutiliter iis verbis usum esse, vellemus dicere, nobis esse statuendum, ex sententia Legumlatoris consummationem criminis *solummodo* momentis fortuitis impeditam censeri debere, si ex alia facti circumstantia non posset erui, auctorem conatus ipsum effectum intentatum fuisse impediturum, etiamsi caussae externae quae praeter illius voluntatem evenerunt, non accessissent. Hinc, adjecimus, inchoata executione criminis, eaque casu fortuito impedita, conatus auctorem, si *probaverit*, se a consummatione proprio motu fuisse destiturum, etiamsi illa momenta non intervenissent, *absolvi posse videri* (1). Ex his patet, auctorem conatus, si, conatum in initio exsecutionis constitisse, judicatum, et casu fortuitu eum suspensum esse, probatum fuerit, probationibus indigere ad poenam a se avertendam. Si autem ille qui revera a conatu recedendi consilium *cepit* eodem momento, quo *intervenit* casus fortuitus, hujus rei probationibus caret, quod facile fieri potest, adeoque fere semper obtinebit, ille qui paene est innocens, et ex lege ipsa certe esset absolvendus, si casus fortuitus non intervenisset, eadem severitate punietur, ac si revera dolo malo laesionem intentatam effecisset. *Intervenientibus* igitur casibus fortuitis quaedam praesumptio contra delinquentem militat, eum *solummodo* recessisse momentis ab ejus voluntate non pendentibus, et ejusmodi praesumptio germanis Juris Criminalis principiis adversatur, et praecepto omnino naturali : *quisque praesumitur bonus, donec probetur contrarium.*

(1) Part. I. cap. 6. § 5. pag. 231.

Sic non solum verba : *qui n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites*, male exprimunt sententiam Legumlatoris, sed insuper in ejusmodi dispositione continetur perversa doctrina. Verum quidem est, *adoptata sententia*, conatum *solo* casu fortuito impeditum puniri debere ut crimen consummatum, nec *accusatori* imponi posse illius rei probationem, alias enim ille probare deberet, hoc momento quo casus fortuitus intervenit, conatus auctorem *nec* cepisse consilium se abstinendi, *nec* illud amplius capturum fuisse, cujus probationis necessitas absurda foret, et saepius ad plenam impunitatem perduceret. Sed propterea *sententiam illam non adoptare deberet* Legumlator, potiusque crimine nondum consummato vel saltem nondum perfecto, conatus punitionem leviorem constituere, qua constituta aequitas cum justitia melius conciliaretur. Plura de iniqua articuli II. praesumptione dicere, post ea quae de hoc argumento jam in superioribus § § diximus, necessarium non erit. Liceat solummodo adhuc quaedam JCti Bexon verba addere, quae ad articuli II. constitutionem optime videntur adcommodari posse : « *c'est une espèce de charlatanerie dans un gouvernement, d'appliquer, faute de lumières et d'une raison certaine, le même remède à tous les délits dont la punition embarrasse* (1). »

(1) Parallèle du Code pénal d'Angl. pag. 10.

§ VI.

De omissa initii exsecutionis definitione et nimiae severitatis pessimo exitu, aliisque rationibus quae poenam leviorem postulant, atque hoc desiderant, ut quoddam arbitrium judici relinquatur.

Ut vidimus, maximi est momenti ea quaestio, quaenam facta initium exsecutionis constituant, cum saepissime ab ejus solutione accusati plena absolutio, vel summa condemnatio pendeat. In Codice vero nullibi indicatur ratio qua judex in quovis casu particulari determinare possit, utrum revera adsit initium exsecutionis, an non. Quare etiam hoc saepius pendet unice a conscientia et arbitrio judicum. Et cum judex in conatu dijudicando inter impunitatem et summam criminis consummati poenam non viam mediam possit inire, ea re Legumlatores Gallici in illud vitium incidisse videntur, quod verbis aptissimis indicavit Bentham (1) : « on place toujours les juges dans la crainte d'être trop indulgens ou trop sevères ; » unde summae injustitiae et gravia incommoda nasci possunt (2). Cum enim in genere conatus remotus non puniatur, is qui omnes actus exsecutionem praeparantes jam commisit, nondum in culpa esse censetur. Si vero nunc ad praeparatoria facta adhuc quoddam momentum accedat, quod

(1) Theorie des peines et des récompenses, Tom. I. pag. 92.

(2) Clariss. DE WAL, in Oratione, Ann. Acad. Groning. 1820 a 1821. pag. 26 et 28, in fin.

per se forsitan non magni est momenti, quo tamen initium executionis constitui dici potest aliquo modo, judex in dubio erit, num ex lege hoc tanquam initium exsecutionis considerandum sit, ubi summa poena delicti perfecti afficiendum est, et publicae opinionis consideratio ejus dubium augebit. Si enim summa poena in tali casu irrogata, et in casu fere simili poena nulla inferri animadvertetur, omnibus patebit, inter poenas et delicta omnino non servari justum modum, et cum factum ipsum quod punitur in tali casu, non expressis verbis legis prohibitum conspicitur, vulgus saepius legis severitatem judici imputabit, et hujus rei timor augebit judicis dubia, eumque saepius impellet ad eximenda a poenis facta quae fortasse ex mente Legumlatoris punienda erant, et revera punitionem merentur. Contra etiam alium judicem factum quod per se ex Legumlatoris mente tamquam initium exsecutionis non considerandum est, quod tamen indubitate malam atrocissimi criminis cogitationem exhibet, consideratione periculi quod ex talis facti impunitate nasci posset, impellet ad credendum, illud aliquo modo tanquam initium exsecutionis ex legis sententia considerari posse, et ideo gravissima poena id adficietur, quod fortasse ex Legumlatoris mente impune debuisset manere. In pluribus saltem criminibus possunt facta committi quorum ipsa natura inter praeparationem et inchoationem criminis quasi fluctuari videbitur, et quae, nisi a lege ipsa eorum qualitas adcuratius definiatur, alii aliter dijudicabunt. Hinc judicum diversae sententiae orientur, et certissime hoc malum habebit in civium animos effectum, si idem factum in altero judicio *morte dignum*,

in altero *impune* declaratur.

Loquitur etiam Clarissimus Legraverend (1) « du danger qui résulte de *la définition trop vague de la tentative*, danger qui se manifeste surtout a l'égard des crimes les plus graves, puisque l'individu qui en a *frappé* un autre, peut toujours être accusé de la tentative d'assassinat ou de meurtre, ou être jugé seulement pour des blessures, suivant les caprices et la volonté du magistrat; » et jam ante eum hujus rei meminerat Bexon (2). Hoc autem argumentum evertere conatus est Clarissimus Mittermaier (3), dicens, illud a Viro Clar. Legraverend indicatum periculum non oriri ex vitio Legumlatoris, sed potius ex imperitia judicis, qui omnino scire deberet, nullum homicidii tentamen cogitari posse, nisi evidenter constaret de animo occidendi, ideoque illud incommodum tolli posse, si in caussis perorandis ad hoc momentum dirigeretur adtentio judicantium. Interea tamen aliquid veri inest in JCti Gallici observatione, licet male Vir Cl. elegerit exemplum ad propositionis suae veritatem demonstrandam. Vagam nimis esse Codicis de conatu definitionem, in dubium vocari nequit, neque hoc ambigi, lege ipsa saepissime judicem non solum ad terribilem hanc dubitationem adduci, num poenam mortis an impunitatem debeat pronuntiare,

(1) Des lacunes et des besoins etc. pag. 252.

(2) Code pénal pour la Bavière, introduction, part. II. pag. 13 et 14, et ibid. Lib. V. tit. 2. art. 124, 125 et 126.

(3) Heidelberger Jahrbücher der Literatur, 1824, pag. 655.

verum etiam eum lege ipsa aliqua injustitiae conscientia onerari, qualemcumque inierit viam. Judicis arbitrio nonnihil tribuendum esse censeo, adeoque plus quam Legumlatores Gallici ei tribuerunt, neque tamen debent eum leges mortis et impunitatis arbitrum facere. Neque ex illo a JCto Gallico indicato periculo efficiendum esse puto, Legumlatorem debere de conatu remoto puniendo quoque generalem regulam constituere, ut judex, si de conatus proximi poena irroganda dubitet, saltem non sit in necessitate impunitatem concedendi. De hac re jam satis diximus; et evitari quoque potest illud de quo diximus, periculum, si Legumlator conatum proximum leviori poena adficit, et judicis arbitrio ejus poenae definitionem adcuratiorem inter minimum et maximum relinquit; tunc enim non facile impunitatem judex concedet Rei Publicae perniciosam, et si quando contra legis sententiam in dubio factum puniet quod proprie non est initium executionis, illius sententia certe circa poenae conatus minimum versabitur, nec absolutam injustitiam continebit.

Ceterum articuli II. vitium jam vituperaverant Curiae Criminales, quibus prima Codicis adumbratio examinanda data est, et, ut de ejusdem articuli nimia severitate omnes fere Auctores consentiunt (1), ita jam ante Codicis sanctionem magistratus aestumatissimi, et praesertim Viri Amplissimi qui Curiis Criminalibus praeerant, postulabant, ut judici liceret, conatus auctorem ea poena afficere, quae proxime ac-

(1) Cf. BOURGNON DE LAYRE, pag. 56 et 82.

cederet ad poenam qua delictum perfectum plecti deberet (1). Haec quaestio maxime agitata est in consilio legum ferendarum, sed tandem decreta sunt ea quae in art. II. reperiuntur. Ea vero sanctione Legumlatores saltem eum finem non adtigerunt, quem sibi in sanciendo art. II. proposuisse videntur; periculosum enim ipsis videbatur pro Re Publica, si praecipue atrociorum criminum conatus impuniti conspicerentur. Certissimum vero est, praecipue in criminibus capitalibus saepius, licet jam *plurimi actus* ad maleficii exsecutionem tendentes commissi fuerint, adeoque proprie *initium exsecutionis* fuerit factum, accusatum horum factorum absolutum iri, non quia judex ipsum *insontem credet*, sed quoniam poena, habita ratione variorum caussae momentorum, ultra justum modum *severa esse videbitur*. Res est notissima, judices qui sibi persuasum habent, omnino injustam esse legem, atque nullam ea inter delicta et poenas rationem servari, ex naturali animi humani propensione omnibus mediis uti solere, quibus legis iniquitatem atque nimiam severitatem eludant. Ex hac caussa etiam auctores proximi conatus criminis saepissime ab omni poena liberabuntur, qui sine dubio punirentur, si poenam mitiorem leges sanxissent (2), praesertim cum Codice ipso sit *omissa initii exsecutionis definitio adcuratior*, cum ex ipsa rei natura saepe difficile sit dicere, an revera reus delicti

(1) Observ. du trib. crim. de l'Escaut, Vol. II. Observ. de la cour d'appel de Turin, Vol. IV. pag. 6. — Cf. CARNOT, ad art. 2. Cod. poen. Vol. I. pag. 11.

(2) Cf. WINTGENS, pag. 100.

exsecutionem inchoaverit an non, nec in animum sibi inducere possint judices, legumlatorem aequa severitate punire voluisse omnia quaecunque initium exsecutionis ex rei natura constituere forte dici possent. Hinc judices ad absolutionis sententiam ferendam saepius movebuntur, et *conatus proximi impunitas saepius concedetur*. Hoc perniciosissimos effectus habere posse, in dubium nemo vocabit, eosque praecipue nimiae severitati articuli II. adscribendos esse, ex iis quae jam diximus, patebit. Ceterum Auctores rerum criminalium peritissimi de eo consentiunt, legem nimis severam impunitatem gignere. Ut enim solum Montesquieu (1) nominem, hic Vir Celeberrimus jam censuit : « l'atrocité des lois en empêche l'exécution; lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préferer l'impunité, » et innumeri alii ejus sententiam adoptaverunt, atque experientia quotidiana confirmatam repererunt. Ipsimet Legumlatores Gallici illius rei veritatem agnoverunt (2) : « il est facile de concevoir, que plus d'une fois des actes qualifies délits seront accompagnés de circonstances particulières, qui, loin de les aggraver, *les atténueront sensiblement*. La justice reconnaîtra peut-être en même temps que *le dommage éprouvé* par la personne lesée est extrêmement modique; il pourrait dès-lors en résulter, *que le minimum de la peine déterminée par la loi pour le cas général serait trop fort, et que les juges se trou-*

(1) Esprit des lois, Livre VI. chap. 13.

(2) Motifs du Code pénal, Liv. III. tit. 2. chap. 2, ad art. 463.

veraient placés dans l'alternative fâcheuse d'user envers le coupable d'une rigueur dont l'excès leur paraîtrait injuste, ou de le renvoyer absous, en sacrifiant le devoir du magistrat à un sentiment inspiré par l'humanité. » Utinam vero Consultissimi Viri ab illo principio in conatu puniendo non aberrassent, neque tam iniquam, tam perniciosam dispositionem condidissent, sed potius hoc momentum ipsum, quod crimen perfectum non est, considerasssent tanquam justam mitigationis caussam, et ex ea judici dedissent facultatem, pro ipso conatus progressu, ejus poenam variis modis definiendi. Hoc quod indicavimus periculum frequentioris impunitatis conatus augetur eo, quod Legumlatores, ut poena in conatum irrogari posset, quasdam conditiones praescripserunt, quibus cessantibus impunis deberet esse ille qui conatum fecit. Multis igitur opus est probationibus, ad legitimam poenam in conatum irrogandam, hinc non solum iis deficientibus saepissime absolventur scelestissimi homines, sed etiam judicantes de facto poenae in conatum constitutae gravitatem perpendentes saepissime sibi persuadebunt, aliquam circumstantiam, a qua conatus poena debet pendere, non esse probatam, quam indubitate probatam declararent, si scirent, ea probata nihilominus plenam criminis poenam non irrogatum iri, et pro modo progressus initii exsecutionis poenam infligendi facultatem habere judices.

Admodum igitur fuisset optandum, Legumlatorem in conatus poena definienda minus arbitrium judicis restrinxisse. Si enim generaliter rationes esse possunt, judicis arbitrio

relinquendi distributionem poenae inter diversos casus qui *prima fronte iidem esse videntur* (1), si potissimum, legitimam poenam in factum constitutam ex facti circumstantia *mitigandi*, potestas dari debet judici, ut egregie Celeberrimus Bentham (2), et nuperrime, demonstratis Codicum recentiorum vitiis in hac re, Clariss. Mittermaier docuit (3); hoc eo magis in puniendo conatu a Legumlatore reputandum est. Alias eo ipso, quod videtur conatus poena a lege absolute definita, velut in capitalium criminum conatu, revera plus tributum est judicis arbitrio, ac Juris Criminalis ratio permittit, arbitrium scilicet inter mortem et impunitatem!

Alia ratio plus tribuendi arbitrio judicis in conatus poena definienda, haec est, quod diversorum criminum conatus, licet eodem intervallo a consummatione distent, diversam tamen per se poenam postulare videntur, etiamsi eam ad poenam criminis consummati aestimaveris. In singulis enim criminibus graviorem quam in aliis conatus per se poenam merere videtur, quia in eorum criminum conatu per se minus ambigua est mala voluntas, sive ad ea crimina consummanda non sane aliis factis perveniri potest, ac iis quae bonam interpretationem non admittunt, quia denique in quibusdam criminibus, initio executionis semel facto, consum-

(1) DELAPORTE, oper. laud. Vol. II. pag. 13.

(2) Des peines et des recompenses, Tom. I. pag. 93.

(3) Ueber den neusten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland, Heidelberg 1825. pag. 62.

mationis eorum suspensio minus quam in aliis a voluntate auctoris pendet. Generaliter periculosum est, generales de factis criminosis puniendis regulas proponere (1), et hinc eamdem inter conatum et consummationem poenae rationem admittere in omnibus criminibus, vix suadendum. Porro ad poenam conatus rite sistendam, ratio etiam est habenda caussarum fortuitarum quae effectum intentatum impedierunt, quoniam ex iis quoque *doli* atque *perversae voluntatis* pertinacia variis modis manifestatur. Vel enim *agenti obstitit impedimentum quod facile vincere potuisset*, quo tamen interveniente a delicto persequendo statim destitit, vel caussa externa qua delinquens recedere coactus est, nonnisi summo cum labore vinci poterat, vel tandem impedimentum illud vincere voluit reus, sed non potuit. In his tribus casibus sane diversa doli gravitas manifestatur, in priori enim consilium delinquendi non tam firmum atque immutabile adparet, quam in aliis. Qui enim facile recedit a delicti exsecutione, is facto suo evidenter probat, actiones illicitas quas commisit, multo magis ex quodam animi impetu, quam ex pertinaci nequitia ac consilio delicti committendi meditato ortas esse; constat, eum ab initio gravitatem criminis non recte intellexisse, et prava legem violandi voluntate *minus manifesta*, minus est *damnum formale* quod ex delicto ejus

(1) Clariss. DE WAL, Orat. pag. 26. — MITTERMAIER, Neues Archiv des Criminal-rechts, Tom. II. part. I. pag. 56. Tom. III. part. I. pag. 44. Tom. IV. part. I. pag. 76. Idem MITTERMAIER, über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts, pag. 11 et seq.

in civium communitatem redundat, levior igitur poena irroganda est. Negari vero nequit, eum qui intervenientibus caussis quae facile vinci potuissent, a delicti exsecutione se abstinuit, minus firmum atque pertinax delinquendi consilium manifestasse, quam quod in aliis casibus supra relatis manifestatur; ab illius enim voluntate pendebat, laesionem efficere, et ideo si non perfecit, propter aliquam commotionem poenitentiae, hoc ipsi ad poenam mitigandam prodesse debet. Qui autem recedere cogitur impedimentis fortioribus, majorem perseverantiam in crimine ostendit, et ejus consilium a laesione perficienda desistendi, non tam efficax adparet, quam in priori casu (1). Ex eadem ratione patet, in casu tertio poenam conatus esse exasperandam; nam major in conatu assiduitas atque gravitas, firmissimaque delinquendi voluntas adparet in eo qui ea quae potuit, fecit, ad vincenda ea quae exsecutionem impediebant, magis igitur turbata est mutua civium fiducia ejus facto, ideoque poena gravior in eum inferenda est. Ex his patet, rationem in puniendo conatu esse habendam variorum impedimentorum quae criminis exsecutioni obstiterunt, et propterea etiam a legibus majorem judici tribuendam esse, conatus poenam ex his momentis mitigandi, potestatem (2). Etiam ex adminiculis adhibitis ad crimen consummandum conatus imputatio pendet; nam quo periculosiora sunt illa adminicula, eo magis per-

(1) Cf. KLEINSCHROD, Tom. I. § 42 et 70. — QUISTORP, Tom. I. § 70 et 97.

(2) ROMAGNOSI, Vol. II, pag. 197 et seq. 202, 203, 204, 205, ubi haec res egregie explicatur. — Cf. GROLMAN, oper. laud. § 91. — OERSTED, § 21.

versum agentis consilium adparet, eo major adparet dolus, quae momenta, ut vidimus, poenam graviorem exigunt (1). Tandem etiam habenda est ratio naturae actionum commissarum, nam certe magis puniendi sunt conatus qui jam per se laesiones constituunt (2), quam ii qui spectati per se et extra eorum necessitudinem cum illicito fine, eam naturam non habent. Haec omnia igitur momenta judex perpendere debet ad poenam meritam delinquenti applicandam, et cum variae illae circumstantiae non possint legibus definiri, earum aestimatio judici est permittenda. Patet igitur, in art. II. contineri doctrinam omnibus justae imputationis regulis repugnantem.

§ VII.

An, qui propria voluntate a maleficio consummando recessit, conatu proximo facto, ab omni poena absolvendus sit?

Conatum ex *Codice nostro* non esse puniendum, superius vidimus, si delinquens propria ac libera voluntate a delicti exsecutione destitit; quaeritur nunc, an haec doctrina Juris Criminalis principiis universalibus sit consentanea. In imputatione conatus sane respiciendum est ad caussas, unde factum est, ut delictum exitu careret, sive delinquens finem suum

(1) Cf. BARBACOVIUS, cap. 3. pag. 11 et seq. et cap. 6. § 18 et seq.

(2) OERSTED, § 25. pag. 180.

(3) KLEINSCHROD, Tom. I. § 37. — FEUERBACH, Lehrbuch, § 111. n. 1. — QUISTORP, Tom. I § 96. — WINTGENS, pag. 112.

non consequeretur. Nam certe, qui propria voluntate a delinquendo recessit, non ita deliquisse videtur, atque is qui momentis fortuitis a consilio desistere est coactus; sed an ab omni poena ille est liberandus? Eum liberandum esse, respondent plurimi Auctores (1), et hanc sententiam defendunt ex his rationibus. Si delinquens non momentis fortuitis, sed propria voluntate ab exsecutione se abstinet, non certe constat de prava ejus voluntate, neque turbatur reliquorum civium ex lege poenali nata fiducia, neque tantus est et tam constans dolus, neque damnum societati datum. Porro ratio politica impunitatem postulare videtur; alias enim metuendum est, ne difficilius destiturus sit a crimine malevolus, si sciat, poenitentiam haud omnino ad poenam avertendam ipsi profuturam, sed jam ob ea quae facta sunt, poenam ipsi dandam esse. Sic etiam de hac re loco laudato disserit Bexon: « un délit pourrait avoir été imaginé ou projeté, on pourrait même en avoir commencé ou tenté l'exécution; *mais la loi, d'accord avec la raison, ne doit pas le punir, si après un projet, formé dans l'égarement ou le trouble de l'imagination, ou si au moment de l'exécution, écoutant la voix de la conscience, revenant dans les sentimens du devoir, ou effrayé du crime qu'on allait commettre, on renonçait volontairement à son dessein*, et si on en fuyait l'exécution; alors la société ne peut avoir éprouvé qu'une alarme passagère, le danger qu'elle a pu courir, ne s'est pas réalisé,

(1) Cf. LEFEVERE, pag. 11. — BEXON, Code pénal pour le royaume de Bavière, Introduction, partie II, pag. 11. — DESTRIVEAUX, pag. 4 et 5.

l'ordre public n'a pas été réellement atteint, et personne n'a éprouvé de dommage (1). » Sed pro parte etiam eadem argumenta adplicari possent ad conatum casu fortuito interruptum, pro parte non admodum vera sunt. Nec concedere possum id quod simili ratione dicit loco laudato Kleinschrod : « es laesst sich von einem Menschen, der freywillig vom Versuche absteht, annehmen, dass die Drohung des Strafgesetzes genug ist, ihn vom Verbrechen abzuhalten. » Potius videtur delinquens probasse facto suo, comminationem legis non fuisse sufficientem, ad eum a lege violanda, sive a committendis factis legi contrariis detinendum. Neque omnibus in tali casu sincera videbitur delinquentis poenitentia, multisque persuasio manebit, delinquentem fortasse consummaturum fuisse crimen, si post illud inchoatum alia facti circumstantia se animo ejus objecisset. Saepius etiam coepta injuria quasi invitam voluntatem ad eam consummandam rapit, ita ut quodammodo hoc ipsum, quod voluntas adhuc potuit vim habere ad se continendam in mera criminis inchoatione, casui imputandum esse videatur plerisque. Licet igitur

(1) Cf. idem BEXON, op. laud. Lib. II. Part. I. art. 57, et Parallèle du Code pén. d'Ang. pag. 141. — Cf. etiam MITTERMAIER, Beitraege zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, § 11, Neues Archiv, Tom. I. part. 2. pag. 199 et seq. pag. 163 et 183, Heidelberg. Jahrbücher, 1824, pag. 657 et 658. — KLEINSCHROD, Tom. I. § 42. 70. pag. 94 et 152. — TITTMANN, Tom. I. pag. 271. § 109. — GROPP, loco l. sect. I. pag. 75 et 76. — LEGRAVEREND, traité de leg. Vol. I. pag. 91 in fine, et in notis. — BARBACOVIUS, pag. 84 et 85. cap. 24, editionis prioris. — FEUERBACH, Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs, Tom. II. pag. 102. 103. 104 et seq. et 269 et seq. — MERLIN, s. v. *tentative*.

propria voluntate a crimine consummando se abstinuisse aliquis dicatur, legem tamen non solum aliquo modo violavit, sed etiam damnum aliquod consociationi civili dedit. Inchoato enim delicto evidenter ostendit pravam voluntatem executionis perficiendae, et ex ea caussa opinio reliquorum civium de vi legis poenalis psychologica minuta est, turbata est mutua fiducia quae per legis poenalis sanctionem civibus est inspirata, ad eam igitur reparandam poena aliqua est infligenda.

Fatetur etiam Bexon ipse, societatis civilis conjunctioni commisso eo conatu de quo nunc loquimur, revera aliquo modo damnum datum, sive illam aliquo modo turbatam esse; loquitur enim « *d'une alarme éprouvée par la société*, » licet tantum dicat *d'une alarme passagère*. Ex his igitur effici posset, propterea poenam esse debere leviorem, ipsamque quasi *passagère*, minime vero colligendum est, nullam omnino esse irrogandam. Simili modo Kleinschrod, qui magis ex malae voluntatis pertinacia poenam computari velle videtur, de nostro casu haec habet : « in diesem Falle ist zwar *einiger* Wille das Gesetz zu überschreiten da, aber dieser Wille war nur *vorübergehend*, er war *nicht wirksam.* » Ex his etiam effici posset, propterea *aliquam* saltem poenam irrogandam esse, licet ea nec *perpetua* nec *gravis* esse possit. Porro, licet reus propria voluntate a conatu recedat, ejus recessu, *quod jam factum est, infectum fieri nequit*, et quae manifesta jam est conatu proximo commisso legis poenalis violatio, ea agentis subsequente poenitentia non amplius

potest aboleri. Ille effectus quem in reliquorum civium socialem fiduciam habet crimen jam inchoatum, subsequente poenitentia qua impeditur consummatio, *minuitur* quidem, sed non penitus *tollitur*, et iniquum foret, si homo qui crimen voluit committere, et jam exsecutionem inchoavit, civibus probis atque honestis aequipararetur qui nunquam criminis cogitationem susceperunt. Nec obstat quod opponit Mittermaier (1), ex post facto adparere, intentionem agentis neque *seriam* neque *firmam* fuisse; sed exinde non sequitur eum ab *omni* poena esse liberandum. Eaedem enim rationes adplicari quoque possent ad demonstrandum, in iis delictis quae in laesione boni per se reparandi consistunt, post ipsam consummationem laesionis impunitatem acquiri posse poenitentia, et boni adempti reparatione, ideoque furem a poena esse liberandum, si rem contrectatam fraudulenter, poenitentia motus restituat domino. Quis vero serio hanc sententiam defendet? Ut tamen talis poenitentia aliquo modo minuere deberet *consummati criminis* poenam ordinariam, ita etiam ob poenitentiam qua post commissum conatum proximum a criminis consummatione receditur, *conatus* poena ordinaria minuenda foret, ubi non omnino videretur remittenda.

Ex sententia contraria plura incommoda oriri possunt. Plerumque enim dubium est, qua ratione delinquens a consummatione destiterit, utrum propria voluntate an momentis

(1) Heidelberger Jahrb. 1824, pag. 658.

fortuitis recesserit; et in ejusmodi casibus saepisse absolvetur reus qui revera impedimentis externis recedere coactus est. Judex enim qui debet inter poenam saepe gravissimam et impunitatem eligere, ipso initio exsecutionis indubitate commisso, nec admodum certo voluntario recessu, saepius hunc locum habuisse sibi persuadebit, magisque volet impunitatem concedere quam poenam, graviorem forsitan, irrogare. Hoc autem incommodum vitaretur, si aliqua saltem poena in omni casu sanciretur in conatus auctorem, habita tamen ratione voluntatis atque aliorum caussae momentorum. Praeterea nostra sententia eo magis admittenda esse videtur, quod ii qui a delicti exsecutione recedere videntur, plerumque non vera animi poenitentia nec legis poenalis veneratione retinentur, sed metu, ne in criminis exsecutione apprehendantur, neve in crimine consummando casu quodam impediantur. Egregie quondam de hac re disseruerunt Viri Consultissimi, qui sententiam rogati sunt de exemplo Codicis poenarum, anno 1806 pro Italia proposito. Inter alios caussarum patronus Pelegatti in suis observationibus haec protulit (1): « io dubito che per volere ad ogni patto prevenire un delitto, se ne lasci per tal modo impunito un altro. Egli è certo che coll' attentato *si è già dall' attentante turbata la tranquillità e la sicurezza altrui, si è già incussa il timore,* si è già esternata una prava intenzione, finalmente si sono eseguiti degli atti primordiali costituenti parte del delitto.

(1) Collezione *dei travagli sul Codice penale pel regno d'Italia*, Vol. III, Brescia 1807, p. 202.

Se il pentimento toglie ogni pena, potrà un ladro introdursi impunemente nell' altrui casa, internarsi, aprire gli scrigni, poi ritirarsi, potrà l'omicida appuntare il pugnale od il fucile contro di uno, poi retrocedere. Che leggerissima esser debba la pena per l'attentato sospeso da pentimento, ne convengo, ma che per l'attentato stesso non vi sia alcun freno, nessun ostacolo, ciò è lo stesso ch'esporre i cittadini ai timori di un delitto che sta per consumarsi senza punire colui che ne ha dato causa. I primi passi al delitto devono trovare in un qualche castigo una risospinta; ne è da credersi che chi sa, che col consumare un delitto si espone ad una pena grave, non trovi tutto l'interesse di arrestarsi prima di consumarlo, quantunque persuaso di avere già meritato di essere lievemente punito. » Idem a tribunali revisionis quod vocabatur, Bononiensi, observatum est (1) : « l'articolo 69 stabilisce che l'attentato di delitto il quale sia stato sospeso dal pentimento, non è punito. Il tribunale osserva che se intendesi sospeso l'attentato, non è punibile per mancanza di atto prossimo; se intendesi poi sospeso il delitto, suppone l'attentato ridotto ad atto prossimo, e questo non dee mai essere impunito; altrimenti si lascia aperta la strada a delinquere col pretesto d'un pentimento se non riesca di consumare il delitto. » Aliam tamen sententiam habuerunt Viri qui Codicem illum Italicum scripserunt (2), iique sententiam suam his

(1) Eod. op. Vol. II, pag. 37.

(2) Rapporto che contiene i motivi del progetto del Codice penale, Collezione dei travagli, Vol. I pag. 180.

rationibus confirmarunt : « vi ha un interesse di secondare il pentimento che sorge talora in cuore a colui che s'incammina sulla via del delitto. La sanzione è quell' ostacolo che frappone il legislatore all' intrapresa criminosa, ed è della sua saviezza riservarne il più forte ed il più efficace all' atto che perfeziona il delitto; siccome è pure della sua saviezza di provvedere al pubblico e privato interesse animando il delinquente, coll' idea dell' immunità da ogni pena, a ritrarre il piede dal delitto, quando non vi ha mosso che i primi passi, e sta dubitando se debba inoltrarsi.»

Ceterum Italiae legumlatores, anno V. Rei Publicae Cisalpinae, ut jam dixi, sanxerunt : « gli altri attentati che sono stati sospesi dalla volontà dell' incolpato, potranno essere castigati in via correzionale, » et similiter censet Legraverend (1) : « la tentative du crime manifestée par des actes exterieurs, mais suspéndue par des circonstances non fortuites. . . . . serait punie d'une peine correctionelle. . . . , la société a été troublée par cette manifestation exterieure, et le trouble qu'elle a éprouvé, doit être reprimé (2). » In hanc sententiam discedere non dubito, quare etiam in ea re articulus secundus nostri Codicis peccasse mihi videtur; licet

(1) Vol. I. pag. 95. in notis.

(2) Eamdem sententiam admittit OERSTED, Grundregeln § 22, pag. 160, Prüfung des neuen Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für Baiern, pag. 138. — Cf. Clarissimi KEMPER, Aanmerkingen over het Wetboek voor het Koningrijk Holland, art. 15, pag. 38 et seq. — ROMAGNOSI, Vol. II. part. 4 lib. I. Cap. 7. pag. 194-197, pag. 210, 211 et 213. Vid. etiam ibid. pag. 215, 216, 217 et 272 seq.

ingenue fatear, hoc non esse vitium admodum grave. Ceterum, licet ex nostra sententia delinquens qui nulla vi externa coactus, sed vera poenitentia, vel poenae metu motus a consilio destitit, ab omni poena non sit liberandus, ex altera parte tamen aequitas postulat, ut multo levius coërceatur, ac si casus fortuitus exsecutionem impediisset, idque sequitur ex fine ad quem poenae inferendae sunt in legum poenalium violatores, et praecipue in auctores conatus criminis. Si enim damnum intellectuale consociationi civili datum generaliter admittimus tanquam principium poenae pro conatu mensurandae, ex hoc principio sponte sequitur, in casu de quo agimus, leviorem poenam esse infligendam. Nam certe opinio civium de vi legis psychologica non eodem modo minuta est, ac si de poenitentia delinquentis non constaret. Etenim licet ex una parte ab initio legis auctoritatem parvi facere videretur reus, tamen mutato consilio probavit, legem poenalem non omni efficacia carere, ad detinendos homines a laesionibus, quin imo vis ejus psychologica omnibus demonstratur, cum movit agentem ad se abstinendum ab exsecutione inchoata, unde illud momentum poenam leviorem exigit. Etiam, si vellemus qualitatem pravae voluntatis in mensuranda poena conatus per se considerare, ad eumdem exitum deberemus pervenire, sive potius, ut jam supra docuimus, mensurandi ratio ex prava voluntate repetita, cum ea quae ex damno in Rem Publicam redundante proponitur, ad idem fere redire videtur. Tandem politica quaedam ratio postulare videtur, ut poena levior statuatur in eos qui proprio motu a proposito destiterunt, ut sic spe melioris con-

ditionis consequendae delinquentes a crimine perpetrando avocentur. Si semel commisso conatu proximo, ipsis nulla superesset spes, sed eodem modo ii punirentur, ac si revera conatus caussis fortuitis exitu caruisset, nulla daretur ratio quae eos moveret ad poenitentiam; quod sane improbandum admodum foret. Eleganter ea de re loquitur Romagnosi: « la legislazione deve offrire un motivo di pentimento al reo, onde ritirarsi dai primi passi ch' egli mosse nella via del delitto. Ora, questo non si ottiene solamente in proporzione dello spavento di una maggiore pena annessa all' atto ulteriore non per anche eseguito, ma altresì in ragione dell' interesse che uno ha d'incontrare la sola pena dell' atto già commesso, esaminandolo e combinandolo co' suoi bisogni, colle sue inclinazioni, e colla sua attuale situazione. Ella è regola di giustizia e di politica di guardarsi d'impegnare il facinoroso a proseguire un misfatto mercè una mal intesa economia penale (1). »

§ VIII.

De Doctrina articuli II. quoad conatum omnibus numeris perfectum.

Hisce variis vitiis notatis, oriuntur aliae quaestiones quae non ab omni dubitationis alea alienae sunt. Codex puniendo

(1) Oper laud. Vol. II. pag. 272. Cf. pag. sqs. — Cf. idem opus, Vol. II, pag. 213 et 214, 220 et 221, 276 et 277, et JENULL, in comment. ad Cod. Austriac. Tom. I. pag. 201 et sqbs. praecipue pag. 203. editionis anni 1820, ubi etiam impunitas conatus in nostro casu defenditur. Contra videatur CREMANI, de Jure Crim. Vol. I. pag. 78. Lib. I. Part. I. cap. 5. nr. 4.

eadem severitate conatum ex parte delinquentis non absolutum qua ipsum crimen consummatum, certe omni juris notioni repugnat. Sed an etiam vituperandus sit art. II, quatenus poena criminis consummati afficitur is qui *omnes omnino* actus proxime et directe exsecutioni efficiendae inservientes commisit, ita ut nihil amplius valeret poenitentia, eventu solis fortuitis momentis non secuto; an *delictum perfectum* quod vocant, eodem modo puniri debeat, ac si laesio esset secuta, sive delictum consummatum, de ea re multum disputant Auctores. Plurimi enim in eo quoque casu conatum levius esse puniendum contendunt, et quamvis effectum non habuerit ex caussa, omnino a voluntate agentis non pendente, hujus tamen momenti rationem esse habendam dicunt (1). Alii vero in eo casu, conatum eadem severitate qua consummatum scelus coërcendum esse opinantur, licet nonnulli eorum generaliter conatum proximum levius coërcendum esse credant (2). Ad defendendam hanc sententiam militare videntur

(1) LEGRAVEREND, traité de leg. crim. Vol. I. pag. 95, in notis, des lacunes et des besoins etc. pag. 252. — KLEINSCHROD, Tom. I. § 39, 40, seq. et 70. — POETTMANN, § 32 et 53 pag. 18 et 19. — FEUERBACH, Lehrbuch § 111: « es ist eine blosse Verwechslung des moralischen mit dem juristischen Standpunkte, wenn einige den *conatus proximus* und das *delictum perfectum* gleich strafbar halten mit dem vollendeten Verbrechen. » — WEBER, über das geendigte Verbrechen, und dessen angemessene Bestrafung, Neues Archiv. I. 1. pag. 24. et sqbs. praecipue pag. 42. — Cf. etiam Tr. THOMASIUS, Dissert. an poena delicti perfecti ordinarii puniendus sit conatus proximus, Lips. 1705.

(2) GROTIUS, de Jure Belli ac Pacis, Lib. II. cap. 20 § 30. — PUFENDORF, de Jure Nat. et Gent. Lib. IV. cap. 3 § 18. — SIMONI dei delitti di mero

variae rationes. Eo gravior scilicet poena est infligenda, quo magis patet, nullam efficaciam habuisse legem poenalem in animo agentis, ad eum detinendum a crimine committendo. Si vero eventus laesionis non amplius a voluntate delinquentis pendebat conatu commisso, ex hoc eodem modo inefficacia legis poenalis adparet, ac si laesio esset consummata. Siquis enim commisit omnia quae facere potuit, ad crimen perficiendum, et illud, quantum ab ipso pendebat, absolvit; constat legis poenalis vim psychologicam ratione delinquentis omnino nullam fuisse, facto suo aeque probavit delinquens, se legis auctoritatem parvi facere, ac si revera laesio evenisset. Et si eventus speratus non subsecutus est, id efficaciae legis in animo agentis non est tribuendum, sed mero casui fortuito; quare etiam si poena propterea minueretur, ea ex casu mitigari videretur, quod malum haberet in bonorum civium animos effectum. Cum porro conatu tali commisso omnes cives persuasi sint, prohibitionem legalem nihil valuisse et fuisse prorsus insufficientem in animo delinquentis, fiducia quam omnes ex lege poenali percipere debent, et qua sola societas

affetto, Vol. I. pag. 178-202. — CREMANI, de Jure Criminali, Lib. I. cap. 5. nr. 5. — FILANGIERI l. l. — SERVIN, da la Legisl. Crim. Liv. I. sect. 1. — OERSTED, Grundregeln, § 23. — HENKE, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Zürich 1815 § 49. not. 3., cui adversatur quod dicit idem Auctor in opere recentissimo, Handbuch des Crim. Rechts. Berlin 1823. Vol. I. § 41 et 77. — GROLMAN, § 89. — SCHROETER, Tom. I. § 83 not. 2. — TITTMANN, § 98. editio anni 1822. — LEFEVERE, pag. 23 et 24. — WINTGENS, pag. 103 et seq. — PHILIPSE, pag. 11. cui tamen adversantur pag. 116, 120 et 122 coll. cum pag. 119.

civilis continetur, aeque minuta est et turbata ac laesione secuta. Idem igitur damnum intellectuale civitati est illatum, et cum reparatio illius damni sit finis poenarum inferendarum, exinde consequens est, eamdem poenam in delictum perfectum quod vocant, esse infligendam, atque in delictum consummatum. Eadem porro doli pertinacia atque gravitas in ejusmodi facto per se inest, ac in eo quod habuit laesionis effectum, hinc etiam si ex pravi animi vi mensuram velis repetere pro poena conatus, idem dicendum esse videtur, quod modo ex dati damni aequa gravitate demonstravimus. Ratione delicti perfecti igitur recte dixisse videtur Filangierius : « il delinquente a mostrata la sua perfidia, la società ne ha ricevuto il funesto essempio. O che l' evento abbia o no corrisposto all' attentato, questi due motivi di punire esistono ugualmente. » Et quod Amplissimus Treilhard in expositione rationum art. II. Cod. poenarum ait : « l'auteur de la tentative a commis le crime autant qu'il était en lui de le commettre, il a donc encouru la peine, prononcée par la loi contre le crime, » majorem veritatem habet, si haec verba de conatu ex parte delinquentis perfecto intelligantur. Notatu digna quoque sunt verba quibus usus est circa casum nostrum Alberto de Simoni, in opere quod eodem anno prodiit in Italia superiori, quo in inferiori Filangieri suum opus edere coepit. JCtus ille loc. laud. tres conatus gradus distinguit, et ratione tertii qui in casum nostrum quadrat, ita loquitur : « il terzo caso riguarda coloro i quali per la parte loro hanno intieramente effettuata la loro rea intenzione, ma il caso, e l'accidente solo li ha frodati, e delusi

del premeditato effetto materiale, come sarebbe chi scarricando un fucile per amazzare un altro, o ferisce solamente, o il colpo va vuoto, o la persona cui era diretto il colpo per accidente munita di un valido riparo non ha potuto rimanere offesa, o pure per usare le parole di Seneca (1), *aliquis mihi venenum dedit, sed vim suam remixtum cibo perdidit.* In questo caso e ogn' altro analogo *voluntas facto aequipollere dicitur*, come insegna il Pufendorfio, poichè *inter hanc et eventum facinoris nulla nova voluntatis operatio locum habuerit, etsi successus destinatus defecerit.* Quindi è che in questo caso può avere meritamente luogo la pena ordinaria imposta all' effetto medesimo materiale del delitto, il cui difetto non può far merito morale alcuno al delinquente, o somministrare il menomo argomento di sottrazione morale alla rettificazione del calcolo, che verifica il delitto; avvegnacchè per parte sua il delinquente è intieramente concorso perchè il delitto dovesse avere il premeditato effetto, *plusque*, come riflette Valerio Massimo (2), *voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit.* Ma in ogni modo in questi casi ottimo e l'avvertimento, che abbiamo da Ugone Grozio, che *delicta vindicanda non erunt, nisi res sit gravis et eo processum sit, ut ex tali actu certum malum, etsi nondum illud quod intendebatur, secutum jam sit, aut certe ingens periculum, ita ut vindicatio aut conjuncta sit cum cautione futurae noxae, aut dignitatem laesam tueatur, aut periculoso exemplo occurrat.* »

(1) In Sap. non cad. injur. cap. 7.

(2) Lib. VI. cap. 1.

Minus diserte pro contraria sententia loquitur Legraverend (1), his verbis : « quoique le hasard seul ait empêché l'exécution, on ne peut nier, que le trouble ne serait moindre, et cela doit être pris en considération. » Nam ex iis quae superius diximus, potius sequi videtur, conatu perfecto atque crimine consummato persuasionem civium de vi legis psychologica eodem modo minutam, ideoque idem damnum formale datum esse, cujus reparatio finis poenarum est. Contendit vero Vir Clar. Kleinschrod, ea argumenta quae pro criminis perfecti quod vocant, et consummati poena aequali proponuntur, item in conatu *remoto* atque *propiore* qui dicitur, obtinere; cum tamen in his poena levior sit infligenda ex omnium fere consensu, nec illa argumenta obstare, quominus ipsum conatum proximum qualemcunque levius coërcendum esse dicamus. Sed non omnino adcurate loqui videtur Vir Clarissimus. Si enim nondum omnia facta absolvit reus, quae proxime delicti exsecutioni inserviebant, uti fit in conatu *propiore* qui dicitur, atque *remoto*, non eadem prava intentio *manifesta* est ac si ille delictum, quantum potuit, perfecisset; erat enim adhuc poenitentiae locus, fieri adhuc poterat, ut delinquens ante delicti consummationem proprio motu atque libera voluntate recederet a consummatione, nec certum est, illum ulterius fuisse progressurum, si casus fortuitus qui suspendit conatum, non intervenisset, non eadem igitur prava animi constantia ad-

(1) Traité de Leg. Crim. Vol. I. pag. 95 in notis. — Cf. Philipse, pag. 119 et 120.

paret in ejus facto, et hinc *non eundem effectum in reliquorum civium animos* hoc factum habere potest, ac si conatu ex parte agentis absoluto, eodem modo doli gravitas adparet, eodem modo legis poenalis violatio manifesta est, ac in crimine consummato. Quare rationes quae in conatu propiori poenam leviorem postulant, in nostro casu non itidem militant. Nam non *pravus animus per se spectatus*, utpote qui idem in remoto atque in proximo conatu esse potest, sed *pravi animi manifestatio diversa* conatus puniendi modum definire debet, sive quod idem est, ratio *qua legis violatio adparet*, et *in animos hominum vim exserit*, ratio *qua civium fiducia turbatur*, sive *illud damnum efficitur quod, lege poenali sancita, ex factis illi legi contrariis pro ipsius consociationis sponsione oritur.*

Liceat quoque adferre quae pro aequa in crimen perfectum et consummatum poena constituenda adfert Barbacovius (1): « qui ad extremum actum devenit, et quantum in se erat, ea omnia fecit, quae ad sceleris perfectionem exitumque spectabant, ut is qui telum immisit, aut venenum, nulla videtur caussa esse, cur perfecti sceleris damnari non debeat perinde, ac si homo necatus esset. Nam re non perfecta minus quidem dolendum erit ei, cui vitae aut alterius rei jactura imminebat, nulla autem venia dignus videtur is, cujus spem improbosque conatus exitus fefellit, et tunc quidem rectissimum esse videtur, quod ab Hadriano scriptum est : *in male-*

(1) Cap. 23. art. 78 et 79. edit. prioris.

ficiis voluntas spectatur, non exitus. Neque enim major dolus fuit aut nequitia ejus, cujus crimen exitum habuerit, quam ejus, qui quantum in se erat, aeque ac prior ille improbum facinus fecit, licet ei minus successerit. Ex quibus rebus intelligitur, siquidem ad extremum conatum deventum sit, jam perfectum perpetratumque crimen esse quoad eum qui fecit, adeoque uti perfecti criminis eum damnari oportere; nam scelus est, id dolo malo facere, quod aliis noceat. Cum autem id quispiam fecit, jam scelus ab eo perpetratum est, etsi reapse non nocuerit, casu aut vi aliqua prohibente. Quemadmodum porro quae casu aut majore vi accidunt, nemini recte imputantur, et ob ea quempiam multari iniquum esset; ita neque cuipiam prodesse, aut ob ea poenam leniri aequum videtur; et uti merito honorata virtus est etiam ubi eam fefellit exitus, ita scelera quoque, quamvis exitu caruerint, punienda videntur aeque ac ea quae perfecta sint. Non enim *ex eventu*, sed ex *consilio*, animoque ejus qui fecit, delicta aestimanda sunt. » Nihilominus idem Barbacovius sententiae contrariae magis favet, et non solum Platonis sententiam jam supra relatam, quae ad nostrum quoque casum spectat, probat, licet rationem ab quam aequam putat Philosophus Graecus leviorem conatus ipsiusque perfecti poenam, improbet; sed etiam ex fine poenarum leviorem poenam irrogandam esse demonstrare conatur JCtus Italus, qua in re tamen eum non admodum profecisse existimo. Nam modum poenae conatus vult definire ex necessitate vis necessariae ad homines a conatu de-

tinendos (1), quam sententiam Romagnosi quoque amplectitur, et de qua jam supra satis a nobis dictum esse credo. Adjici potest id quod Kleinschrod (2), ex Philosophi Feder disquisitionibus de voluntate humana refert: « wenn sich jemand ein Verbrechen vornimmt, so denkt er nicht, dass aus seiner Handlung ein fehlgeschlagenes Attentat werde, sondern er hofft an das Ziel seines Zwecks zu kommen. Sollte ihm auch einfallen, dass im Allgemeinen der naechste Versuch wie die vollbrachte That bestraft werde, so bezieht er diess nicht auf sich, da er zur Vollbringung hineilt, und sich gar nicht einbildet, dass er etwas beginne, was er nicht vollenden werde. »

Non erit necessarium, ut plura dicam ad refutandam opinionem eorum qui leviorem conatus perfecti poenam propterea volunt, quia damnum materiale in perfecto conatu minus sit quam in crimine consummato. Nam uberius jam supra docui, in mensuranda conatus poena non rationem habendam esse damni illius materialis quod *poenae constitutione avertere* vult legumlator, sed potius rationem habendam esse damni illius intellectualis quod demum post *poenam in aliquam laesionem jam lege propositam* oritur pro conjunctioni civili, non solum laesione effecta, sed etiam aliis factis quibus voluntas legi illi contraria manifestatur. Hoc

(1) Loc. laud. pag. 80, 81 et sqbs. Nec fortiores sunt rationes, pag. 83. cap. 24. allatae.

(2) Loc. laud. pag. 86. Vol. I.

autem damnum, ut demonstravimus, idem in conatu perfecto ac in delicto consummato, quare eadem poena in utrumque infligenda esse videtur. Porro si ex damno solo materiali poena dijudicaretur, delinquens non posset puniri, *nullo damno illato;* et ex ea ratione saepissime ipse *conatus proximus* sive delictum perfectum quod vocant, vindicari non posset, v. g. non puniri posset is qui sclopetum in alterum frustra exoneravit; quod tamen omnino juris rationi adversatur, ut satis luculenter supra jam exposuimus (1). Interea tamen nonnullae earum rationum quibus supra eodem fere loco (2) confirmare studuimus sententiam nostram, conatum proximum generaliter levius puniendum esse consummato crimine, etiam pro conatu perfecto militare videntur. Si enim verum est, delictum quasi ex animo constare et *corpore*, *factum internum* vero sive *la moralité du fait* modo in *dolo* constare modo in *culpa*, et ex utriusque conjunctione cum *facto externo* sive *la matérialité du fait* proprie cujusque delicti naturam definiri, si amplius verum est, *eamdem imprudentiam*, manifestam *eodem facto*, gravius puniendam esse, si casus facti *effectum noxium* adduxit, ac si damnum hoc *non evenit*, et eosdem fere limites inter laesionem *dolo*, *culpa* et *casu* effectam intercedere, atque inter intentionem *laesionis eventu*, *laesionis conatu* et *nudis verbis* manifestam; videtur etiam *idem dolus* manifestus *eodem facto* gravius puniendus esse, si casus adduxit *spectatum damnum*,

(1) Cf. supra § I. hujus capitis, pag. 299-302.

(2) Pag. 302-306

quam si illud *non evenit*. Et ut inter laesionem *dolo malo*, et laesionem *mera culpa*, sive lata sive levi, effectam in medio est ea quam laesionem effectam *culpa per dolum determinata* adpellant Scriptores Juris Criminalis in Germania, ita etiam inter intentionem *consummata laesione* manifestam, et eam quae manifesta est *conatu laesionis*, proximo vel remoto, quasi in medio versari videtur id quod *delicti perfecti vel etiam conatus perfecti* nomine venit, et in quo nunc vertitur oratio nostra. Nec possumus sine exceptione dicere, *casum* nullam habere vim debere ad poenam *mitigandam*, cum saepissime etiam jure a *casu* pendeat plena *impunitas*, velut si absolvendus est reus, quia *casu* quodam deficiunt *probationes*.

Ceterum libenter fateor, me potius *sentire aliquam necessitatem* paululum levius in perfectum crimen ac in maleficium consummatum animadvertendi, quam reddere posse *claram necessitatis rationem*; sed ipse summus Plato pro hoc praecepto *philosopham Juris rationem* indicare non potuisse videtur, cum eam *poëtica ingenii elocutione* suppleret. Et Clariss. Romagnosi, qui cum Barbacovio tantopere vituperat Platonem dicentem : « ab eo qui hominem interficere conatus fuerit, neque interficere potuerit, non aliter ac si occidisset, caedis supplicium sumere deberemus, nisi Daemonem coleremus, qui tam vulnerantem quam vulneratum misericordia prosecutus, infelicitati utriusque obstitit, fecitque ne vulnus huic letiferum, illi fortuna calamitasque exsecranda infligeretur, » idem ille Romagnosi fatetur, licet nihil obstet, quominus delictum perfectum *juste* eam-

dem punitionem subeat atque consummatum, minui tamen perfecti delicti poenam posse ex *ratione prudentiae*, *aliena ab imputatione*. Ad hanc Romagnosi sententiam inferius revertar. Punitioni autem plenae in proximum conatum irrogandae etiam summus Baco (1) favisse videtur cum diceret: « in Curiis Censoriis omnium magnorum criminum et scelerum actus inchoati et medii puniuntur, licet non sequatur effectus consummatus : isque sit earum Curiarum usus vel maximus, cum et severitatis intersit, initia scelerum puniri, et clementiae, perpetrationem eorum (puniendo actus medios) intercipi. » Neque tamen ille adcuratius suam sententiam explicuit.

Aliter, ut jam diximus, sentit Legraverend (2) qui de hoc argumento praeter jam allata haec habet : « j'observe que cette échelle est conforme à une disposition du Code pénal (art. 310 et 311) qui ne punit que de travaux forcés à temps l'auteur des blessures faites avec préméditation ou guet-apens dont il est résulté incapacité de travail personnel pendant plus de 20 jours ; et seulement d'emprisonnement, si les blessures ont été guéries avant ce terme, quoique l'assassinat soit puni de mort, que le meurtre soit puni de travaux forcés à perpetuité, et que, l'intention criminelle étant bien constatée par la préméditation et le guet-apens, la durée de la maladie résultant des blessures faites ainsi soit

(1) Tractatus de Justitia Universali, Tit. I Aphoris. 40.

(2) Traité de Legisl. Criminelle, Vol. I. pag. 95 in notis.

assurément l'effet du hasard, et non celui de la volonté de l'auteur des blessures, qui a medité son action et qui a attendu sa victime. » Sed, licet verum sit, in art. 309, 310 et 311, poenae gravitatem ex solo actionis eventu dijudicari, exinde tamen nihil sequitur pro rei veritate. Optimi quoque Scriptores Juris Criminalis vituperant articulos quos modo laudavimus, tanquam omni juris notioni atque poenarum aequitati adversantes; et revera vituperatione digni sunt, quod tamen magis alienum est ab argumento nostro. Infirmari etiam illa JCti Gallici verba possent verbis pro contraria sententia aeque fortiter pugnantibus JCti Dani Sagacissimi Oersted (1) : « nach richtigen Grundsaetzen sollte aber, ohne Zweifel, die volle Strafe die geendigte gesetzwidrige Thaetigkeit treffen, wenn diese auch erfolglos bleibt. Zwar ist es, mit Rücksicht auf den zu befürchtenden Erfolg, ein Verbrechen, jemanden ein Gift beizubringen, den Dolch in die Brust zu stossen, u. s. w.; indessen kann das Gesetz doch nicht darauf ausgehen, die Naturwirkungen der menschlichen Handlungen zu bestimmen; sondern da das Gesetz seinen Zweck durch die Wirkung auf das Begehrungsvermoegen erreichen soll, so kann es allein für die freie, auf die Hervorbringung des Erfolgs gerichtete Thaetigkeit eine Strafe bestimmen. Ist diese Thaetigkeit in vollem Umfange vorhanden, so ist auch die gesetzliche volle Strafe verwirkt; und ob die Vorsehung wohlthaetig den Erfolg abwendet, kann eben so wenig auf die Verringerung der Missethat

(1) § 23. pag. 163 et sqbs.

Einfluss haben, als diese dadurch erhœhet wird, dass zufaellig die Handlung mehr Folgen hatte, als vom Thaeter beabsichtigt worden, oder als worauf er Rechnung machen konnte. Nur als ein Erkenntnissgrund, aus welchem man auf die eigentliche Beschaffenheit der Handlung schliessen kann, darf der Erfolg in Betracht kommen. »

Nonnulla tamen contra hanc quoque sententiam moneri possent, et licet ex hoc solo quod per divinam *Providentiam* malus effectus facti criminosi impeditus conspicitur, ut observavit Vir Cl. Oersted, levior poena auctoris conatus, quasi ex voluntate divina, non magis repeti possit, quam ex voluntate *Daemonis* de qua locutus est Plato; plenam tamen suae sententiae probationem nec Oersted verbis hic relatis dedit. Nec denique omnino convincere valent verba JCti Itali Romagnosi quorum jam mentionem fecimus, et quae in ejus opere saepius laudato sic scripta leguntur (1): « abbiamo detto che ciò che è veramente *fortuito*, non puo essere *imputabile* ad un uomo, cioè non doversi porre nel novero delle sue azioni, o addossarsegli come qualche cosa di *proprio*, ma bensì doversi considerare come cosa *estranea*, e posta fuori di lui, benechè produca occasionalmente un male o danno. Perciò, se il *fortuito* non può rendere taluno *reo*, o sia autore di un dato fatto nocivo, ne può in lui *accrescerne* la reità, o sia farlo autore d'una parte *maggiore* di quella della quale egli è veramente cagione, se, dico, tutto questo è

(1) Vol. II. pag. 173 et sqbs.

vero; per egual motivo è evidente, che non potrà nemmeno o *esimerlo*, o *alleviarlo* da reità, quando egli spinse gli atti suoi fin dove essi sogliono sempre ottenere i loro effeti perniciosi. Il fortuito potrà bensì impedire o sminuire il danno altrui; ma perciò appunto quest *esenzione*, o diminuzione di danno non potrà mai essere *imputata* all' autore del delitto. Ora, nel delitto *frustrato* l'uomo non solo fisicamente, e quale automa o bruto, impiega *tutti* que' mezzi che sono stati costantemente sperimentati acconci ad ottenere l'effetto nocivo; ma inoltre in lui l'uomo ha una *fisica* certezza o previdenza, che l'effetto debba avvenire; egli lo *vuole*, ed egli mette *in opera* tutti quegli atti, che giusta le costanti ed osservate leggi di natura *possono* spingere il delitto alla sua estremità. Dunque, benchè accada per qualche o impreveduto, o inevitabile sopravvenuto impedimento, ch' egli non ottenga l'effetto pernicioso, pure egli è *reo* di avere, per quanto è da lui, *perfezionato* l'atto. Confesso, che talvolta può avvenire, che anche *l'attentato* solo sia rattenuto entro i suoi confini da un *caso fortuito :* e quindi la desistenza dall' intrapresa criminosa, non essendo effetto o di timore o di pentimento o di moderazione, o di altra cosa imputabile all' uomo, non potrà venirgli ascritta a merito. Ma che perciò ?. Forse si vorrebbe indi dedurre una pari conseguenza dall' uno e dall' altro caso, e dire: che siccome in entrambi *non* avvenne il *danno*, e il non essere avvenuto non può in entrambi imputarsi all' uomo, ma al solo *caso*, cosicchè il delitto frustrato, e l'attentato semplice e rigoroso possono in *sè stessi* venire affatto *parreggiati ?* Una sola riflessione dileguerà l'om-

bra di questo obbietto. Qualunque siasi la cagione che frenò la mano del malvagio o alla metà dell' esecuzione del delitto, o all' orlo dell'ultimo atto, onde così renderlo reo di solo *tentativo*, o conato criminoso, è sempre vero, ch' egli *non eseguì* o gli *altri* atti fisici, o l'ultimo, che tuttavia sopravanzavano. E quindi che nè fisicamente, nè moralmente può *giudicarsi* ch' egli gli abbia commessi. Ma nel delitto frustrato per lo contrario egli *tutti* gli eseguì questi atti; tutti toccò gli *estremi* che da lui dipendevano, e che potevano ripromettergli l'effetto.» Videatur etiam quod idem Auctor dicit paulo inferius (1): « bensì gli antecedenti ragionamenti mi danno diritto ad affermare, che il delitto che appellammo *frustrato*, non badando alla *forza della passione criminosa ed alla cautela politica di contrapporre un secondo e più forte ostacolo alla repetizione dell' atto che andò a vôto*, ma soltanto alla *natura* dell' atto ed ai rapporti che può avere coll' *accidente*, non ha nulla che *ripugni* a ricevere giustamente una pena *eguale* a quella del delitto consumato. *Egli può ricevere una minorazione in vista solamente di considerazioni prudenziali estrinseche all' imputazione.* »

Quibusdam in hoc loco de *casu* dictis jam responsum esse videbitur iis quae superius diximus, praecipue ratione eorum quae *culpa* delinquuntur, et primarium JCti Italici argumentum desumtum est ex *vi diversa*, ad *impediendos diversos progressus conatus necessaria*, quod systema, ut itidem jam

(1) Pag. 221 et 222. Cf. pag. 176, 177, 215 223, 224.

exposuimus, minime adoptandum videtur. Si vero ad proprium principium respicimus, a quo in mensura punitionis pro conatu invenienda exire debemus, sive si damnum legis auctoritati perfecto crimine illatum aestimamus ad damnum consummato crimine effectum, illud quidem in universum huic aequale esse dici potest; solent tamen magis vulgi animi moveri, si e. g. homo occisus est, quam si quis in alterum occidendi animo sclopetum exoneraverit, neque adtigerit finem, vel si venenum dederit quod casu vim non habuerit. Praeterea si in tali casu, suppeditato e. g. veneno, adhuc aliquam poenitentiae vim tribuere debent leges, ita ut is qui post datum venenum ductus poenitentia remedium ipse suppeditando vim veneni noxiam impedierit, levius puniendus sit; nec justa omnino videtur plena criminis poena, si remedium illud ab alio suppeditatum laesum restituerit sanitati. Quis enim in hoc casu cum certitudine dicere potest, offensorem ipsum non suppeditaturum fuisse illud remedium, nisi illud ab alio fuerit suppeditatum? Nonne igitur plena criminis poena, si in tali casu irrogatur, aliquo modo pendet a casu qui fortasse delinquentem ipsum in manifestando poenitentiae suae effectu impedivit? Num vero in casu superius relato poenitentia debeat minuere poenam criminis plenam, adcuratius in sequenti § exponetur. Liceat autem, antequam finem imponamus huic §, adhuc referre sententiam Auctoris Angli Hammond (1), qui ex peculiari et nova ratione, non

(1) The Criminal Code, including a digest, consolidation and collection of the Statutes, collated with the original records, Vol. I, Forgery, Lond. 1823. Scheme of a digest, pag. xxxv.

tamen omnino comprobanda, jus puniendi conatum demonstrat, nec conatum propria voluntate suspensum impunem esse vult. His positis de conatus gradibus et nominatim de perfecto quod vocant, crimine haec exponit : « in criminal attempts the various degrees are in proportion to the variety of steps necessary to complete the crime. The last degree in point of guilt is, where there has been an actual determinate endeavour so far co-operating with the intention, that no new exertion of the mind could have interfered to prevent the completion of the crime; as were a man fires at another and misses him. But that the first and all intermediate steps are punishable (though in different degrees) as well as the last, results *from the impossibility of drawing any line of distinction* (?). If only the last stage was made penal, what crimes would go unpunished; what offenders hardened by long impunity, and tutored by experience, be loosed upon society. If then *other stages besides the last* are justly denounced, *all*, from the impossibility of making a difference, are necessarily included. The only difference that could be proposed, is, to make responsability begin from that stage at which society or an individual might suffer. But not only is the proposition incompatible with *the rule of deterring from the very first approaches to crime* (?), and shewing, that no gradations of guilt can be indulged with impunity; the guilt of a bad action mainly consists in the *example;* and no steps, therefore, can be taken which *may not* be injourious. Hence the physician who, intending to poison his patient, mixes up the drug in the shape of medicine, should be pu-

nished, though it has never been removed from his laboratory. » Qua ratione tamen deberet puniri summus gradus conatus, sub quo id intelligit Auctor quod alii sub crimine perfecto, ab eo non diserte indicatum est. Nec possum in ejus sententiam discedere circa conatum remotum puniendum, ut ex collatione eorum quae de hac re supra diximus, facile videri poterit.

§ IX.

An probanda sit articuli II. sententia de casu, quo delinquens conatu perfecto commisso aliquid fecerit ad perniciosum facti eventum avertendum?

Vidimus in parte prima hujus commentationis (1), eum qui omnia exsecutioni proxime inservientia commisit, ita ut per se effectum impedire ab ejus voluntate non amplius penderet, adhuc tamen posse a poena liberari, si poenitentia motus adhibuerit media quae laesionem revera impedierint. Nunc examinandum est, an hoc principium sit Juris Criminalis rationi consentaneum; quod negandum esse videtur. Si enim generaliter verum est, quod superius probare conati sumus, commisso criminis conatu proximo voluntarium regressum plenam impunitatem nec in eo quidem casu amplius dare posse, ubi adhuc regressus necessario etiam ipsum laesionis eventum inhibet; a fortiori in

(1) Cap. VI. § 5. pag. 236.

casu nostro plena impunitas rationi Juris Criminalis adversari debet. Jam enim in tali casu manifestam esse legis poenalis violationem, jamque damnum datum esse legis auctoritati, jam labefactatam fiduciam mutuam civium, jam turbatam consociationem civilem, quis est qui in dubium hoc vellet vocare? Et licet certum esset, sine facto delinquentis ex illius voluntaria animi motione post factum ejus illicitum edito, laesionem spectatam eventuram fuisse, e. g. mortem certe fuisse secuturam, nisi veneficus ipse prompte adhibuisset remedium ei cui dederat venenum; omnes tamen persuasum haberent, fieri facile potuisse, ut ipso remedio ex poenitentia dato non amplius impediretur laesio. Adpareret igitur, impeditam esse mortem non *solo facto delinquentis*, sed pro parte etiam *casu fortuito*; et licet vellemus concedere, ipsum casum aliquid valere posse ad poenam minuendam, non possemus hoc admittere, ut ille casus videretur plenam effecisse impunitatem hominis, qui sine eo indubitate plena criminis poena fuisset adficiendus, etiamsi omnem industriam adhibuisset, ad effectum pessimi sui conatus suspendendum. Nam hoc nemo sane contendet, ex rei natura aequum esse, ab omni poena liberare, vel adeo leviori poena plectere delinquentem propter subsequentem poenitentiam, si ea poenitentia spectatum priori facto malum non amplius potuit avertere. Nulla enim cogitari potest ratio, cur is qui effectum noxium non amplius impedire potuit, quem facto suo provocavit, etiamsi quosdam actus posuerit ad eventum eum impediendum, impunis esse deberet; nec Jure nostro in tali casu impunitas concedi posset, qualemcum-

que art. II. interpretationem in auxilium vocares. Nec id prudentia politica postulare videtur, ut poena minor in eo casu infligatur, quasi necessarium sit, ut spe mitigationis poenae jam meritae moveatur delinquens qui ad extremum noxiae gradum jam pervenit, ad aliquid faciendum, quo adhuc posset averti mala facti consecutio, sive laesio quam facto spectaverat, impediri. Ex ejusmodi principio enim maxima nascerentur incommoda. Qui enim omnibus mediis usus esset ad exsecutionem perficiendam, et jam videret, eventum averti non amplius posse, dicis caussa aliquid faciendo ad laesionem impediendam, adhuc poenam meritam a se avertere posset, et sic homines scelestissimi facile suppliciis se subtraherent. Nihilominus ii qui jam ad extremum actum pervenerunt, quo commisso non omnino amplius ab iis pendet, num laesio sit eventura an non, optime adhuc impelli possunt, ad tentandam laesionis impeditionem, si scilicet iis promittitur *poena levior in eum casum*, si eorum industria ex vera poenitentia adplicata eum effectum haberet, *ut effectus noxius facti prioris revera impediretur*. Sic e. g. in incendiarium levior poena constitui posset, si igni in aedes alienas jam injecto ille poenitentia ductus *primus* ad ignem exstinguendum homines in auxilium vocasset, et ita ad continendam flammam *pervenisset*; licet plena ejus impunitas minime sit concedenda. Contra imprudens haec esset sanctio qua, qui incendium excitavisset, poenam leviorem ea quae incendiariorum poena ordinaria est, subiret, si tulisset aliquod auxilium ad flammam exstinguendam quam excitavit, sine distinctione, num illius auxilium effectum habuisset an non.

Non igitur in sententiam eorum discedendum esse videtur, qui delicto perfecto nihil amplius valere poenitentiam posse ad minuendam poenam, indistincte contendunt, et ne leviorem quidem poenitentiae caussa poenam infligendam esse dicunt, ubi quis pervenerit ad eum conatus gradum, quo commisso laesionis impeditio per se non amplius ab eo pendebat, sive, ut rectius loquamur, licet ab eo aliquo modo adhuc pendere posset, non amplius ab eo solo pendebat (1). Qui enim media adhibuit ad laesionem impediendam, postquam omnia fecerat quae eam proxime adducerent, et his mediis vel revera adhuc laesionem impedivit, vel ad eam impediendam aliquid contribuit, licet semper aliquo modo casus laesionem impedivisse dici possit, non tamen confundendus est cum eo qui delictum perfecit, et ne minimum quidem contulit ad impediendum noxium effectum actionum suarum, qui vel solo casu vel aliorum auxilio est impeditus. Licet porro is qui perfecto crimine ad laesionem avertendam aliquid proprio motu contribuit, levius puniendus sit eo qui nihil contribuit, etiamsi laesio casu non evenerit; ille tamen graviorem poenam meretur quam is, qui proprio motu a crimine consummando recessit, antequam ad ultimum actum pervenerat. Ceterum, ut demonstravimus, *periculosum est*, aliquam mitigationem admittere poenae *criminis perfecti*, propter *poenitentiam activam* per se, nisi simul fuerit, ut ita dicamus, *poenitentia effectiva.*

(1) WINTGENS, pag. 104 et 127 in fine, in quae tamen non admodum quadrat, quod idem Auctor pag. 128 de effectu poenitentiae ratione ipsius criminis consummati profert.

§ X.

Quid de Doctrina articuli II. dicendum sit, si adminicula ad exsecutionem criminis perficiendam non idonea adhibita fuerint, vel laesio spectata adduci non potuerit ex ipsa rei natura?

Vidimus superius, ad poenam conatus ex articulo II. infligendam necesse esse, ut media quibus usus est delinquens, fuerint apta atque idonea ad laesionem intentatam efficiendam, ita ut, si ex mediis adhibitis eventus nullo modo sequi potuit, ab omni poena liberandus sit tentaminis auctor (1); nunc vero videndum est, quatenus haec doctrina Juris principiis sit consentanea. Et quidem circa criminis adminicula delinquens in errore duplici modo versari potest, ut diximus supra. Vel enim delinquens errat circa *qualitatem* et naturam mediorum, e. g. si quis incantationibus usus fuerit ad hominem occidendum; vel errat delinquens circa mediorum applicationem, v. g. si quis cum animo occidendi emerit venenum, sed errore deceptus vinum loco veneni cibo miscuerit. In hoc autem casu delinquens puniri posse mihi videtur. Is enim qui medicamentum alteri dedit animo necandi, illud *venenum* putans, certe facto suo probavit, se non potuisse legis minatione a crimine committendo detineri, atque se *novisse* media quae ad laesionem efficiendam idonea essent, manifestavit. Ipso ejus facto adparet igitur, eum lae-

(1) Part. I. Cap. VI. § 4. pag. 225 et sqbs.

sionem efficere *voluisse* quae solo casu fortuito est impedita, illumque laesionem efficere *potuisse* medio quod ad eam efficiendam elegit; unde reliqui cives persuasi sunt, ejusmodi delinquentem parvi fecisse legis auctoritatem, ideoque ejus facto damnum intellectuale datum est ad quod reparandum poena est necessaria. Verum quidem est, media *adplicata* fuisse innocua, nec unquam effectum intentatum producere potuisse; sed hoc erat momentum fortuitum quod a voluntate agentis omnino non pendebat, media enim quibus hic uti *voluit*, non erant innocua, sed prorsus idonea ad laesionem perficiendam. Ceterum in mensuranda conatus poena non *damnum materiale ex delicto ortum* est spectandum, sed potius reputanda *legis violandae intentio facto externo manifesta*; nulla igitur cogitari potest ratio, cur *actio externa legi contraria* in nostro casu a poena liberaretur, quae ex caussa *delinquenti ignota* nullum effectum producere potuit. Praeterea inter factum quod commisit delinquens, et laesionem spectatam per se magna necessitudo est; *factum* quod instituebat, revera finem speratum producere poterat, licet *subsidium* non eodem nexu cum illo fine cohaereret.

Contra nostram sententiam quidem ita loquitur Feuerbach (1): « eine auf Hervorbringung des Verbrechens absichtlich gerichtete aeussre Handlung wird bestraft, wenn die Vollendung blos wegen aeusserer Hindernisse unterblieben ist, und wenn die Handlung selbst nach ihrer aeussern Beschaf-

(1) Lehrbuch, § 42. not. c. pag. 46.

fenheit mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursachlichem Zusammenhang steht, objectiv gefaehrlich ist; weil bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem æussern Recht widersprechende Handlung unmoeglich, eine Handlung aber nur dann (aeusserlich) rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt, oder gefaehrdet. Die rechtswidrige Absicht allein giebt keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit. Wer von dem Verbrechen der *Mittheilung eines vermeintlichen Gifts*, von dem Versuch der Tœdung eines Leichnams, und dergl. spricht, verwechselt das Moralische mit dem Rechtlichen, die Gründe der Sicherungs-polizey mit dem Recht zur Strafe, und muss auch jenen Baiern eines strafbaren Versuchs der Tœdung schuldig erkennen, der nach einer Kapelle wallfahrdete, um da *seinen Nachbarn todt zu beten* (1).» Sed pro parte Feuerbachii sententia nititur praemissis positionibus quibusdam quarum veritatem jam superius in dubitationem vocavimus, neque ea justam continet conclusionem, cum facta diversa ab eo relata omnino diversae sint naturae. Praeterea in dijudicanda facti necessitudine cum spectato effecto illud non considerandum est, quale postea, intervenientibus caussis fortuitis, adparet; sed quale est in se, momento quo eo delinquendi consilium manifestatur. Factum quo conatum poena dignum contrahi posse, nunc contendimus, consistit e. g. in dato medicamento quod falso venenosum putabatur, et licet hoc medicamentum nocere non potuit propter casum qui praeter agentis

(1) Conf. etiam MITTERMAIER, Beitraege zur Lehre vom Versuch, Neues Archiv, Vol. I. part. 2. pag. 183 et seqbs.

voluntatem accessit, inde non sequitur, factum ipsum per se non fuisse periculosum; nam illud certe nocuisset, si non intervenissent momenta fortuita. Si autem eorum accessione notionem periculi tolli posse statueremus, eadem ratione recte diceretur, eum qui sclopetum in inimici pectus exoneravit, nihil periculosi fecisse, si plumbum inimicum non feriit, quoniam ictu in irritum verso, effici non potuit mors alterius! Porro si commissum est factum ejusmodi de quo nunc loquimur, e. g. datum est medicamentum quod falso venenosum putabatur, praecipue, ut jam diximus, spectanda est facti ejus efficacia in animos hominum quibus lege poenali adversus laesionem eo facto spectatam sponsio fieri, et propriae securitatis persuasio dari debuit. His hominibus vero fiducia ex lege poenali nata eo magis illo facto minuitur, cum persuasum habeant, auctorem ejusdem, si ipse suum errorem detegisset, neque res nota facta fuisset, certe aliud medicamentum efficacius adplicaturum fuisse, ad finem suum adtingendum. In alio vero casu a Feuerbachio supra relato, siquis scilicet precibus in coelum missis speraverit, se alterius mortem obtenturum esse, factum hoc non eumdem effectum habere poterit in hominum animos, neque mutua civium fiducia eo turbabitur. Persuasum enim habebunt homines, illius facti auctorem hominem esse imbecillis intellectus, nec facile sine rei divulgatione ab errore suo reventurum, nec facile, si revenisset, satis audaciae habiturum fuisse, ad aliud medium efficacius eligendum atque adplicandum, quo finem suum adtingeret. Hujus facti punitione insuper aliquo modo contra regulam peccaretur, *cogitationis poenam nemo patitur*,

et proprie eodem conatus constitui dici nequit; aliter in facto prius dicto. Major igitur ratio ex ipso poenarum fine adest, in factum prius dictum, quam in factum posterius nominatum animadvertendi, hinc nec objici potest sententiae nostrae, ea imputationem juridicam cum morali confundi, eamque sententiam plures Juris Criminalis Scriptores Celeberrimi adoptare non dubitaverunt (1). Tandem contra Feuerbachii propositionem vere admodum loquitur Henke (2) : « die Handlung, welche zum Begriff des Verbrechens erfordert wird, braucht nur auf Rechtsverletzung gerichtet, nicht wirklich Rechtsverletzung zu seyn, auch nicht die nothwendigen Bedingungen zur Hervorbringung des Verbrechens in sich zu enthalten. » Verior doctrina etiam recepta est in Codicis Italiae anni 1806, art. 439 : « chi avendo in animo di commettere omicidio usa per errore di un mezzo non idoneo alla consumazione del delitto, *è punito con casa di correzione* non minore di un anno. » Hujus vero articuli has rationes dederunt Legumlatores (3) : « nell' omicidio singolarmente vi è una specie di attentato, il quale per legge costante dell' ordine fisico non si può giammai ridurre ad effetto : chi

(1) Eam e. g. OERSTED, § 24. pag. 186 et seq. item pag. 170-180 defendit, et ipse MITTERMAIER, a priori recedens, profitetur, in Dissertatione : über den neusten Zustand der Criminalrechts-wissenschaft in Deutschland, Neues Archiv, Vol. I. part. 1. pag. 103 seqb. — Cf. TITTMANN, Handbuch, Vol. I. Halle 1822. pag. 194 § 98.

(2) Lehrbuch, § 47.

(3) Rapporto che contiene i motivi del progetto del Codice penale, in opere saepius laudato, Collezione dei travagli etc. Vol. I. pag. 270 et 271.

prende in mano *un fucile che crede carico di materie atte a produrre un colpo mortale*, e non lo sia; chi porge al suo nemico, nell' intenzione di avvelenarlo, una bevanda per sè stessa innocente, non attenta propriamente all' omicidio, perchè è impossibile per legge fisica che a quest' attentato corrisponda il premeditato effetto. In tale ipotesi lo volontà di delinquere è manifestata, ma l'atto estrinseco non può dare al delitto quel principio di esecuzione, che costituisce la vera idea dell' attentato. Ecco un caso che in tutte le conosciute legislazioni fu trascurato, *e che non è però nuova nella storia anche moderna delle criminali procedure*. Si dovrà a questo caso applicare il principio del diritto: *cogitationis poenam nemo in foro patitur?* Non pare, perchè l'intenzione di uccidere fu dimostrata coll' atto, e perchè la società ha un giusto motivo di temere che altra volta questa appalesata disposizione a commettere il delitto, non sia con uno stromento idoneo verificata. Ha perciò la società stessa un vero diritto di usare delle precauzioni di pena correzionale, le quali sono in ultima analisi altrettanti mezzi di difesa diretta. » Porro ad eundem articulum supra laudatum a judicibus et procuratoribus tribunalium diversorum observatum est (1): « in questa legge l'errore ch' è estrinseco alla malizia del delinquente, è piu fortunato d'una mal misurata difesa, » alio loco (2): « sembra che il caso contemplato nel presente articolo per ciò massime, che riguarda

(1) Collezione dei travagli, Vol. II, pag. 184.

(2) Oper. laud. pag. 209.

il concorso diretto della volontà del prevenuto, ed il di lui dolo, non cessi di essere uno degli attentati dei quali parla il titolo V, della prima parte del progetto. E qualora si voglia sul' conto del medesimo declinare dalle prescrizioni nel detto articolo adottate, sembra che la pena non maggiore di un anno di correzione nel presente articolo ritenuta *sia troppo mite*, quando massime si tratti di colui che abbia attentato un omicidio premeditato, e più poi se col concorso di taluna delle qualità che aggravano un simile delitto, come all' art. 431, » porro (1) : « occorre una distinzione : o il mezzo non idoneo era per altro in sè stesso nocivo, *e la pena dovrebbe essere quella dell' omicidio attentato*; o era assolutamente innocuo ed inetto, e la pena proposta è adottabile, » tum (2) : « la pena dell' attentato di cui parla questo articolo, pare che meriti d'essere *aumentata*, sul riflesso massime che il delinquente aveva già spiegata tutta la volontà e tutta l'intenzione di commettere il delitto, che se non ebbe effetto, fu per una fortunata combinazione di circostanze, e non per mutazione o difetto della sua volontà. Sembra ancora che si dovesse in quest' attentato aver riguardo ai rapporti di persone dell' agente e del paziente, e alle altre qualità intervenute nel fatto, e in tali casi aggravare proporzionatamente la pena, » denique (3) : « la massima di quest' articolo è contraddetta dalla

(1) Oper. laud. pag. 257.
(2) Ejusd. oper. Vol. III. pag. 33.
(3) Vol. III. pag. 140.

L. D. *Hadrianus* da me accennata nelle riflessioni all' art. 20. Uno per uccidere il suo nemico impugna ed inarca un fucile che crede caricó, e non lo è, e fa l'atto d'esploderlo; se l'effetto dell' uccisione non è seguito, non istette pel delinquente, ma fu un fortunato caso. Or troppo qui si detrae all' intenzione e si dona al caso. Io darei al caso qualche cosa, ma non tanto, punendo l'omicidio, secondo la classe a cui appartenesse, come consumato, colla diminuzione o commutazione d'uno o due gradi al più della pena ordinaria, se fosse avvenuto l'omicidio, » et tandem Aldobrando Paolini, unus ex Claris Scriptoribus qui sententiam de Codicis exemplo, rogati a Legumlatore, tulerunt, de illo articulo haec observavit (1) : « non è reo d'omicidio attentato, secondo l'opinione ingegnosa degli autori del Progetto, colui, che appresta una bevanda creduta omicida, ma non abile fisicamente ad avvelenare, o che esplode un' arma da fuoco carica di materie non atte ad uccidere. La morte in ambedue i casi era fisicamente impossibile, benchè fosse moralmente voluta dall' autore dell' azione. Punendo per omicidio attentato un atto, che non poteva mai essere omicidio, si corre rischio di punire il pensiero criminoso indipendentemente dalla esecuzione. Questa teoria e molto sottile, ed imponente se si considera isolata. Ma rammentandoci, che la misura del delitto e della pena si compone dal danno fatto, minacciato, o possibile ai membri, o al corpo sociale, e dalla intenzione, o volontà diretta, o

(1) Op. laud. Vol. III. pag. 247.

indiretta dell' autor dell' azione, chi potrà, nel caso di cui si tratta, diminuire la pravità dell' intenzione in colui, che, in quanto a se, ha fatto tutto il possibile per consumare un vero omicidio? Se le azioni si debbono intitolare dal fine, a cui son dirette, e qual altro nome meriterà quella che tende ad uccidere un uomo? »

Ex his omnibus sequitur Codicis nostri doctrinam, quatenus ea conatus de quo modo diximus, ab omni poena absolvendus est, rei naturae adversari, eumque qui e. g. occidendi animo dederit medicamentum quod venenosum falso credidit, animadversionem merere.

Neque tamen, ut jam diximus, rationes a nobis allegatae ad poenam in hoc casu justificandam, militant pro poena adplicanda in alio casu superius a nobis relato, si quis erraverit circa *qualitatem* adminiculi, ad spectatum effectum producendum adhibiti, et e. g. *imprecationibus* usus fuerit ad alium occidendum. Ejusmodi subsidiis adhibitis ad effectum noxium producendum non ita turbari civium tranquillitatem, non ita minui mutuam eorum fiduciam, non ita igitur legis poenalis auctoritati periculum aut damnum inferri, atque in casu superius a nobis explicato, facile intelligetur. Quapropter etiam minus adcurate locutus esse videtur Feuerbach, cum diceret, legumlatorem *qui puniret dationem veneni putativi animo occidendi factam*, etiam punire debere eum, qui e. g. peregrinationem ad ecclesiam, a domicilio suo admodum remotam, ad eum finem institueret, *ut ibi precibus*

obtineret mortem ejus, *cujus hereditatem acquisiturum se esse speraret*; qui casus ex verbis Feuerbachii revera aliquando in Bavaria accidisse videtur (1). Et recte nonnulli eorum virorum qui, rogati publica auctoritate, sententiam suam tulerunt de Codicis Italici exemplo 1806 proposito, observaverunt, Legislatores, art. 439 poenam statuentes in eum qui ad homicidium efficiendum medio usus fuerit non idoneo, non satis diversos casus distinxisse. Ad casus secundi generis etiam usus pertinet auxiliorum quae *sympathetica* dicuntur, et in omnibus fere ejusmodi casibus non solum ab omni poena delinquens est absolvendus ex rationibus quas jam adduximus; sed etiam, quoniam illae actiones aliquo modo delicti exsecutionem tantum *praeparantes* dici, hinc saltem ex regula quadam generali non puniri possunt. Qui enim precibus utitur vel imprecationibus vel incantationibus aliisque sympatheticis auxiliis ad damnum alii inferendum, sperat, se alius alicujus vel divini Numinis vel mali Daemonis cooperationem obtenturum esse, ad spectatum malum efficiendum, et movere vult illius Numinis vel Daemonis voluntatem ad speratam laesionem efficiendam.. Versari igitur videtur in simili conditione, in qua versatur ille, qui alterum hominem ad crimen committendum vult vel precibus vel promissis movere, adeoque major eventus possibilitas in hoc casu, factum hoc posterius nominatum multo magis poena dignum reddit.

(1) FEUERBACH, Lehrbuch § 42, nota c. — CROPP, pag. 42 et 43. — WINTGENS, pag. 135. — MITTERMAIER, Beitraege zur Lehre vom Versuch, § 9. — OERSTED, § 24. pag. 186 et seq. — SCHROETER, § 80.

Hanc etiam sententiam fortiter sic defendit Clarissimus Romagnosi (1): «dunque nel presente caso, il tentativo riesce per sè stesso di una forza *innocua*, cioè manca di quella tendenza malefica per cui poteva ispirar terrore. Perciò la società e gl' individui singolari di lei debbono essere sgombri da *tema*, ed ottengono realmente quella sicurezza che in altri casi vedevano violata, e che era titolo di pena. Sarebbe adunque cosa affatto *ingiusta* e crudele l'oppore vere pene a quei tentativi cui le cagioni fisiche rendono *impotenti* a nuocere. In fatti se la pena non può essere altra cosa che un mezzo indispensabile di difesa, non avente altro *fine* giusto che quello di *evitare* il male del delitto; come mai si potrebbe ragionevolmente procedere a tormentare un uomo nell' atto che fra la società ed il *facinoroso la natura stessa frappose una barriera di sicurezza assai più ferma ed inconcussa che ogni più spaventoso supplicio?* Abbiamo osservato, che la maniera preconosciuta o fortuita di agire delle cose fisiche non è per sè stessa cagione efficiente dell' impotenza limitante l'esecuzione del delitto. Ciò è vero, ma egli è pur vero che l'*ordine* fisico n'è almeno causa *occasionale*: e si può dire in questo senso, che aspettatamente o fortuitamente *somministra* le cagioni efficienti dell' impotenza, onde così talvolta chiudere l'attentato entro confini più o meno ristretti. Quindi ne viene che la diversa *maniera* o precognita o fortuita di agire delle leggi fisiche può essere fondamento, onde assicurare o diffidare la società, che soffrirà,

(1) Vol. II. pag. 210 seqq.

o non soffrirà danno dai tentativi del facinoroso. Ciò posto, quale *influenza* può avere la cognizione dell' ordine fisico di natura nella filosofia delle pene? Se le cagioni di impotenza agiscono in una maniera *conosciuta* e costante, è troppo chiaro, che l'esito nocivo dell' attentato deve *sempre* dal legislatore riguardarsi come *impossibile*. Perciò la società dovrà riguardarsi come affatto *sicura* : e sarebbe *ingiusto*, come poco fa si è detto, contro tali tentativi procedere con *mezzi penali*. Ma mi si dirà, che chi tentò di nuocere anche per un mezzo *impossibile*, ha già *mostrato* una malefica volontà? Ma basta egli ciò forse per autorizzare gli uomini a punire i loro simili? Come avere coraggio di usare di questo *solo* riflesso per decretare un supplicio? La vendetta del *passato* può forse essere lo spirito della giusta pena? Se l'uomo che tentò un danno per un mezzo fisicamente e costantemente *inefficace*, non può far temere che lasciandolo impunito derivi danno alla società nè da lui nè da verun altro che volesse imitarlo praticando lo stesso attentato, qual giusto titolo offrirà egli ond' essere assoggettato a *pena?* E dove mai la società ritroverà il *male* contro cui sia costretta ed autorizzata a premunirsi? Ove sarà *l'infrazione* di qualunque *diritto*, patto o dovere, che l'uomo serbar debba verso de' suoi simili uniti in colleganza? Ogni *violazione* di qualunque dovere sociale può esser ella esente da *danno* ingiusto (1)? »

(1) Cf. idem Romagnosi, eod. Vol. pag. 213 et 214.

Quamquam autem haec ut ingeniosissime ita elegantissime dicta sint a Viro Clarissimo, ea tamen non aeque vera esse videntur, adeoque falso ea fundamento niti, contendere non dubitamus. Non enim illud quod vult Romagnosi, singulorum et civitatis damnum spectandum est in mensuranda poena conatus, neque, ut jam pluribus locis demonstravimus, poena conatus in eo sensu necessaria est, ac si necessarium esset, aliqua vi, timendo periculo cuidam adaequata, ab ipso conatu committendo speciatim detinere homines. Si igitur dixeris, in eo casu quo delinquens erraverit circa subsidiorum *naturam*, poenam non irrogandam esse, quia illius facto illud periculum damnumque non contineatur, de quo locutus est Romagnosi, dicere etiam debebis, nullam irrogandam esse poenam, si delinquens erraverit in *adplicatione* mediorum, quod vero, ut probavimus supra, falsum est omnino. Et revera ex Viri Clarissimi Romagnosi sententia non admittenda esse inter utrumque casum differentia, et nulla facta distinctione ille contendere videtur, in nullo casu poenam irrogari posse, si media non fuerint idonea. Qua re Vir Clarissimus in errorem incidit oppositum ei in quem Legumlatores Italiae, ut diximus, anno 1806 inciderunt, illiusque errorem expressa lege nuper sanxerunt Legumlatores Rei Publicae Ticinensis, statuentes: « non vi è attentato di delitto per sua natura d'impossibile esecuzione, o per l'oggetto, o per la natura dei mezzi (1). » Quam sanctionem

(1) Codice penale della repubblica e Cantone del Ticino, in Lugano 1816, art. 47.

expressam periculosam esse putarem, etiamsi principii in eo expositi aliqua *ratio* esset. Ceterum si diximus, eum qui circa medii applicationem errat, esse puniendum; mitiorem tamen poenam infligendam esse, quam si delinquens mediis idoneis usus esset, voluimus dicere. Persuasio enim civium de vi legis psychologica non eodem modo minuta est tali conatu, ac si v. g. verum venenum fuisset adhibitum. Nam multis ex ipsa adminiculi adhibiti inefficia nasci solent dubia circa veram delinquentis intentionem, etiamsi hic ipse professus sit, se malo animo egisse; minus igitur legis poenalis auctoritati nocitum, minor igitur poena irroganda videtur. Tandem ratio quaedam politica poenam in hoc quoque casu mitigari vult. Si enim reus qui erravit in mediis applicandis, eodem modo puniretur, ac si mediis idoneis usus fuisset, nulla ratione moveretur, ut a delinquendi consilio desisteret, sed multo potius ad illud persequendum alliceretur, ut aliquem ex crimine fructum perciperet, et sic in delicti exsecutione perficienda ulterius progrederetur, et errore suo detecto auxilium efficacius eligeret ad finem suum consequendum.

Siquis factum laedendi animo commiserit, spectatae vero laesionis objectum, ut dicere solent, non exstat, proprie nullus committi conatus poena dignus dicitur a pluribus Scriptoribus Juris Criminalis, et in eam doctrinam sententia Codicis nostri, ut superius exposuimus (1), quadrare videtur. Ad doctrinam vero illam defendendam dicunt Auctores : « nun-

(1) Part. I Cap. VI. § 4. pag. 226-227.

quam ob solam delinquendi voluntatem poena juste infligitur, et sane aliquo modo sola cogitatio puniretur, si is in poenam incideret, qui e. g. occidendi animo cadaver percussit quod hominem vivum putabat, vel cum propria uxore coivit quam alienam esse credebat, vel ignorans aliquem furti damnatum esse, calumniandi animo eum furem dixit (1); factum enim in his casibus commissum per se illicitum non est. Praeterea civitati solummodo jus esse dicitur puniendi facta, ex quibus laesio orta est vel saltem oriri potuisset; in factis autem modo nominatis neque laesio inest neque laesionis periculum, nec igitur civitati jus esse potest ejusmodi factum sub poena vetandi. » Hoc quidem aliquo sensu verum est, videtur tamen adhuc aliqua differentia statuenda esse inter illa facta, et potest quaeri, num ille qui adulterandi animo cum propria uxore coivit, revera non aliquod bonum alienum laesisse recte dicatur? Nonne enim illud bonum, quod lege in adulteros scripta tuendum est, in alterius conjugis persuasione potissimum consistit de alterius fide, et nonne illud bonum facto superius relato aeque laedi potest, ac vero adulterio, si e. g. maritus alienam mulierem corrumpere voluerit, et haec se ejus votis faventem simulaverit, sed rem uxori aperuerit, eaque ad maritum deprehendendum alienae mulieris personam sustinuerit, et mariti

(1) Cf. MITTERMAIER, Beitraege zur Lehre vom Versuch, § 10, Neues Archiv, Tom. I. Part. 2 pag. 171 et 174 seq. — FEUERBACH, Lehrbuch § 43 nota *c*. — Cf. BEKE, Dissert. laud. pag. 24. — CROPP, pag. 37. — SCHROETER, § 51 et 80 in nota. A plurimis vero Auctoribus dissentit WINTGENS, pag. 139 et seq.

amplexus, putativi adulterii proditores, susceperit? Praeterea verissimum quidem est, civitatem non pro delicti auctore *per se declarare posse eum* qui cum propria uxore coiret, vel furti damnatum furem diceret, vel vim cadaveri inferret; quaeri tamen potest, etiamsi ab eo mentem avocaveris, quod facto postremo nominato alio respectu laesio fieri posset v. g. cognatis defuncti, num non aliquo modo facto ejus qui cum propria uxore, eam alienam credens, coivit, vel calumniandi animo facta ab alio revera commissa divulgavit, vel occidendi animo cadaver percussit, eae leges *violatae* sint, *quae in veros homicidas, adulteros et calumniatores scriptae sunt*, adeoque aliquo modo harum legum violatio *manifesta* sit? Non omnino igitur recte dicitur, iis factis de quibus diximus, opinionem civium de vi psychologica legum in adulteros, homicidas et calumniatores scriptarum nullo modo minui, vel mutuam fiduciam civium quae stricta poenarum irrogatione conservanda est, nullatenus turbari. Ceterum fateor, ex adplicatione poenae in illis casibus nasci multa incommoda, et ad absurdas veniri posse consecutiones. Si enim qui cadaver perfodit animo hominem occidendi, jam puniretur, idem foret dicendum de eo qui aliquod animal nocte percuteret, animo hominem percutiendi (1). Quare nec Ornatissimo Wintgens assentiri possum, sententiam contrariam pertinaciter defendenti (2); et si quam poenam in casibus illis irrogandam esse, admittere possem, certe eam aliorum conatuum poena multo leviorem esse debere, dicerem. Vir

(1) Cf. Mittermaier, l. l. pag. 197.
(2) pag. 43. Coll. cum 139 et 140.

Cl. Croppius (1), exemplum proponens hominis qui cum Sempronia concumbere volens, cum propria uxore concubuit, distinguit, utrum Sempronia quacum ille adulterium erat commissurus, plane non exstiterit, an vero alii nupta et honesta vixerit; in priori casu conatum impunem esse debere contendit, in posteriori autem saltem dubitationis rationem esse existimat. Sed, ut ait Vir Celeberr. Mittermaier (2), haec distinctio est plane superflua, nec minimum habet utilitatis. Vidimus etiam supra (3), judicatum esse in Gallia reum conatus, atque ex furti capite punitum eum, qui animo furandi aedes alienas ingressus, jam scrinia aperuit, in quibus se pecuniam esse inventurum false opinabatur. Tale vero factum puniendi rationem, adeoque firmiorem esse iis rationibus quae pro punitione factorum supra relatorum adlegari possent, equidem persuasum habeo, cum legem violandi voluntas in eo casu indubitate manifesta sit, et criminis consummatio magis casu impedita, quam ex sua natura impossibilis esse videatur.

§ XI.

De Doctrina Codicis quoad conatum qui in omissione consistit.

Conatus qui in omissione consistit, non punitur ex articulo II, ut vidimus supra (4). An haec dispositio cum Juris

(1) Sect. I. pag. 37 et 38.
(2) Beitraege zur Lehre vom Versuche, § 10 nr. 26.
(3) Part. I. cap. VI. § 4.
(4) Part. I, Cap. VI. § 5. pag. 237.

ratione congruat, paucis denique examinandum est. Primum monendum est, delicto consummato saepius nullam differentiam sistendam esse, num *facto* an *omissione* alicujus facti sit effecta laesio, modo, quod fieri potest, in utroque casu dolus manifestus sit, sive pateat, animi intentionem ad laesionem efficiendam per factum vel facti omissionem directam fuisse. Hinc adsentiri non possum Viro Clarissimo Destriveaux dicenti (1) : « il y a moins de criminalité à ne pas faire ce que la loi ordonne, qu'à faire ce que la loi défend, l'un peut être une négligence, l'autre est un acte de revolte. Dans les deux cas on viole une obligation, mais la seconde est parfaite, la première l'est moins. » Dolus omissione etiam manifestari potest, quin imo omissio saepissime magis perversam voluntatem, atque majorem doli pertinaciam demonstrat. Nam e. g. occisio hominis doloso facto effecta ex impetu animi aliquando originem ducit, occisio vero dolosa omissione effecta non nisi meditatum crimen esse potest, et certe mater quae dolo malo infanti alimonia denegavit, eoque ipsius mortem effecit, crudeliorem animum exhibet, atque *majorem doli gradum* ostendit, quam ea quae e. g. ex impetu *pudoris* partum perfocavit et facto hoc subito occidit. Ex eo igitur quod laesio aliqua omissione effecta est, non sua sponte sequitur, dolum fuisse minorem, eoque minus exinde effici potest, eam laesionem soli negligentiae esse imputandam. Neque verum est dicere, obligationem faciendi minus esse perfectam quam obligationem non faciendi. Nam et Jure Na-

(1) Op. laud. pag. 35, in fine.

turali perfecta sunt faciendi officia, licet ea non sine facto obligatorio ejus qui tenetur, cogitari, sive, ut dicunt, non originaria esse possint juris officia; et hinc etiam cum Jureconsultis Romanis dicendum est, necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui alimonia denegat (1), adeoque utroque modo idem crimen contrahi potest, praecipue a parentibus. Quid vero dicendum est de conatu qui in omissione consistit? An talis conatus ab omni poena liberandus est? Eum saltem non ut conatum in facto consistentem puniri posse arbitror; adeoque vix conatum eodem jure dici posse alicujus omissionem credo, etiamsi ille omissione sua laesionem aliquam spectasse cum certitudine dici posset, et perfectum ejus fuisset officium, laesionem spectatam facto suo avertendi. Ceterum, antequam effectus ipse omissionem secutus doli pertinaciam demonstrat, non facile sibi persuadere possunt homines, id omissum esse *mala mente*, quod fieri debuisset, et ut propterea per se non eodem modo turbari potest reliquorum civium fiducia per omissionem ex mala mente ortam, ita etiam, num ea revera ex mala mente originem habuerit, nunquam tanta certitudine dici potest, quam hoc, num aliquid mala mente sit *factum*. Generali itaque sanctione qua omissiones in conatus notione reciperentur, saepius foret timendum, ne negligentia pro dolo puniretur. Praeterea vix per omissionem facti debiti tale laesionis efficiendae periculum adduci potest, quod non amplius per facti debiti commissionem posset averti, et vix cogitari po-

(1) L. 4. D. de agnosc. et alend. liber.

test notio criminis perfecti quod dicunt, ubi delinquens non nisi per omissionem ad finem illicitum adtingendum voluit pervenire. Etiamsi denique revera aliquis, e. g. infanti alimoniis denegatis, talem jam ejus conditionem adduxerit, ut nunc alimonia praebendo non amplius certe caussam mortis omissione datam posset amovere, hoc tamen non eandem in reliquorum civium animos effectum haberet, quam siquis e. g. dato veneno alterius vitae periculum fecerit. Cum enim mojori vi animi opus sit ad faciendum id quod lege jubetur, quam ad omittendum id quod lege prohibetur, *et effectu noxio neque ex omissione dolosa neque ex doloso facto secuto*, malus animus, etiamsi in utroque casu aeque manifestus sit, comparari soleat in vulgi animis cum ipso adminiculo adhibito; exinde ille aestimatur communiter ex vi ad adminiculum hoc adhibendum necessaria, hinc vis psychologica legis poenalis in animo delinquentis minor fuisse creditur, si adminiculum ad laesionem efficiendam adhibitum in facto, quam si in omissione constabat, et ideo illo magis quam hac, mutua civium fiducia ex lege poenali nata minuta conspicitur. Contra si mali animi certitudinem obtinent homines, et quasi *ejus consecutionem conspiciunt laesionem secutam*, animum comparare solent solummodo cum effectu, nec admodum adminiculi adhibiti habent rationem in computanda vi psychologica legis, ideoque sive in *facto* constiterit, sive in *omissione* illud adminiculum, pariter minuta conspicietur mutua civium fiducia ex lege poenali nata, et hinc ad eam restituendam aequa poena opus est in utroque casu. Tandem conatus in omissione consistens semper aliquo

modo tamquam laesionis *praeparatio* adparet, quia is qui omissione aliquam laesionem vult efficere, quasi exspectat interventionem vis alicujus physicae, qua proprie laesio spectata adducatur; hinc saltem talis conatus non ex generali *regula* puniri deberet, licet in singulis casibus eum ab omni poena liberare justitiae punitricis regulis adversaretur. An e. g. mater quae sola cum filia tenerae aetatis aedes habitaverit, et filiam aegrotantem, omni auxilio destitutam, omni potestate necessitatibus suis prospiciendi exutam, in remota aedium parte per plures dies reliquerit, animo mortem miserrimae puellae efficiendi, an illa mater, etiamsi filia aliorum auxilio casu quodam servata fuerit, impunis esse deberet? — Equidem non censeo; nec omittendum est, in ejusmodi casibus *aliquam* laesionem jam effectam videri, et subinde aliquid omissione effectum considerari a Scriptoribus ipsis Juris Criminalis, quod potius partim ex facto, partim ex omissione ortum est.

§ XII.

Exponitur nostra sententia de optima conatus puniendi ratione.

Liceat denique, ea omnia quae in hac commentationis nostrae parte adhuc exposita sunt, paucis resumendo, brevioribus positionibus nostram sententiam de conatus puniendi ratione Lectoris in conspectum dare:

I. Simplex cogitationis delinquendi manifestatio nunquam puniri potest.

II. Qui consilium quidem suum actibus externis manifestavit, neque vero ulterius quam ad facta delicti exsecutionem praeparantia progressus est, poena non est afficiendus, nisi in singularibus casibus a lege speciatim indicatis.

III. Qui vero usque ad conatum proximum progressus est alicujus facti quod a lege tamquam laesio punitur, id est, qui jam inchoavit hujus facti exsecutionem, sive usus est adminiculo ad consummandum idoneo, ea mente, ut consummationem adduceret, ex regula generali plectendus est poena, cujus tamen vel gravior vel levior *gradus* irrogari possit, prout in conando delinquens magis minusve processit, habita etiam ratione, utrum momentis fortuitis, et a voluntate agentis non pendentibus conatus exitu caruerit, an vero propria ac liberrima voluntate reus a proposito perficiendo destiterit. Adeoque potest pro casu hoc posterius nominato aliquod poenae *genus* constitui, a genere poenae in alios conatus constituto diversum, et multo levius hoc; nec necessarium videtur, genus poenae generaliter in diversos proximi conatus gradus constitutum proxime accedere ad genus poenae quod constitutum est in crimen consummatum; ita ut e. g. si meditatae et perfectae caedis poena ultimum supplicium sit, in conatum criminis proximum non constituenda sit poena operis perpetui, quae gradationem

non admittit, sed operis temporarii poena inter minimum et maximum a judice definienda, in eum denique qui a consummanda caede ante crimen ex sua parte perfectum proprio motu recessit, poena correctionis.

IV. Si quis vero crimen quantum poterat, absolvit, ita ut per se, etiamsi voluerit delinquens, non amplius potuisset irritam facere laesionem sola sua voluntate, et ea laesio nihilominus solo casu fortuito praeter agentis voluntatem non evenerit, ille puniendus est saltem eo poenae genere quod ad consummati criminis poenam proxime accedit, etiamsi hoc esset poenae genus quod gradationem non admittat. Hinc Legumlator qui in consummatum crimen poenam mortis statuerit, et admittendam generaliter poenam operis perpetui decreverit, hanc in crimen perfectum quod vocant, statuere posse videtur.

V. Si tamen delinquens iterum aliquid fecerit, ad laesionis effectum impediendum, post crimen perfectum, et haec ejus actio saltem contribuerit quidquam ad laesionem revera impediendam, afficiendus esse videtur ea poena quae in conatus proximi reliquos gradus constituta, et a judice inter minimum et maximum definienda est.

VI. Conatus ipsique proximi factorum quae a lege non nisi laesionis inde oriturae respectu puniuntur, tunc tantum puniantur, si in eorum factorum conatus speciali legis sanctione animadversum esse videbitur; item pro conatibus qui in usu

medii non idonei consistunt, speciales lègis sanctiones proponendae sunt, in quibus ratio habenda est distinctionis supra explicatae inter errorem circa adminiculi *qualitatem*, et errorem circa adminiculi *adplicationem*.

Ceterum quoad poenae conatus cujusvis definitionem adcuratiorem, alii opinantur legem non definire debere, quae poena singulis conatus gradibus sit applicanda, sed Legumlatorem melius esse facturum, si, rejectis conatus gradibus, regulam generalem statuat, nullum conatum poena delicti consummati esse afficiendum; quoad reliquum, ratione habita eorum quae ad delictum consummandum admiserit delinquens, conatus poenae determinationem arbitrio judicis esse relinquendam (1). Alii vero contendunt, potius in lege ipsa definiendam esse mathematica quadam ratione, quaenam poena variis et singulis gradibus tentaminis applicanda sit, et perniciosum esse credunt judicis arbitrium ita extendere, ut ad libitum poenam in conatum possit infligere. Neutrum systema nobis admodum placet, nec nimis judicis arbitrium restringendum, nec nimium ipsi tribuendum esse, putamus; quare ex rationibus jam supra uberius expositis meliorem fore legem poenalem crediderim, quae conatum proximum nondum ex parte delinquentis absolutum, atque in singulis casibus remotum puniendo, determinaret poenam *quoad genus*, ita tamen ut judex *poenae modum* inter *minimum* et *maximum* adcuratius definiendi potestatem haberet. Sic justa puniendi

(1) Hanc sententiam defendit PHILIPSE, pag. 94, et 117 et seq.

ratio sisteretur, quam etiam in multis aliis caussis adsumpsit Codex Gallorum; rationesque quae ad ejusmodi theoriam admittendam adlegari possunt, egregie in his ipsius Legumlatoris verbis continentur: « il en est autrement à l'égard des crimes inférieurs, et dont la peine n'est que temporelle; plus on descendra dans cette classe, plus il deviendra évident, que cette espèce *est susceptible de varier d'intensité, une sage circonspection commandait donc de laisser sur ce point une suffisante latitude aux juges, et ce parti, en même tems qu'il satisfait à la justice, a paru propre à rassurer aussi la conscience du législateur* (1). » Cum autem conatus ex rerum natura crimen levius constituat quam crimen consummatum, eo magis dolendum est, Legumlatorem generali sua sanctione art. II. illius principii adplicationem in puniendo conatu pro plurimis casibus impedivisse. Haec sufficiant ad probandum, quantum articulus II. a rei natura discedat; super est ut, quatenus ille ab aliorum populorum legibus discedat, examinemus, ad quaestionis propositae argumentum absolvendum.

(1) Conf. motifs du Liv. III. tit. 1. chap. 3. du Code pénal.

PARS TERTIA.

DE CONATU MALEFICIORUM EX LEGIBUS ALIORUM POPULORUM EUROPAEORUM.

CAPUT I.

EXAMINANTUR LEGUM IPSA PRAECEPTA.

§ I.

De Codicibus Italiae.

CUM versus finem saeculi quod proxime abiit, studium reformandi Jus Criminale, nunc per totam Europam manifestum, praecipue in Italia suscitaretur; aequum esse videtur, in exponendis diversorum populorum legibus de maleficiorum conatu scriptis, ab Italicis Codicibus initium sumere, nec sane in legibus Italicis examinandis praetermittere possumus Codicem illum celeberrimum Leopoldi Toscanae Ducis, qui summis laudibus ab omnibus Juris Criminalis Scrip-

toribus extollitur, quoniam primus erat, qui mitiorem et justiorem poenarum rationem constituit. Inquirere igitur nunc nostrum est, quidnam in Leopoldino Codice circa conatum constitutum fuerit. Vim legalem accepit ille Codex, ut notum est, ex Decreto Petri Leopoldi, Toscanae Ducis, Pisis 30 Nov. 1786, et tam lingua Italica quam aliis linguis Europaeis saepe typis descriptus est (1). In eo autem nullum praeceptum generale de conatu puniendo sistitur, sed quaenam fuerit de eo argumento Legumlatoris sententia, facile ex singulis quibusdam dispositionibus eruitur. Constituitur e. g. art. 67: « gli omicidj premeditati, nella classe dei quali sono pure gli infanticidj, venefizj, e gli altri tutti che diconsi qualificati, *saranno sempre considerati come delitti atrocissimi*, e perciò irremissibilmente puniti con la pena da Noi stabilita per *ultimo supplizio*, previa un' ora di gogna, ed all' istessa pena saranno soggetti i mandanti, gli ausiliatori, gli assistenti, ed ogni altro che deliberatamente avrà cooperato a tali omicidj, » et paulo post art. 72: « le ferite fatte con arme di qualunque specie con premeditazione saranno punite con pena afflittiva di corpo, fino ai pubblici lavori inclusivamente, *e costando che il feritore avesse l'animo di uccidere*, la pena sarà sempre *dei pubblici lavori*; se poi saranno fatte *in rissa* con arme atte ad uccidere, *quando la ferita sarà grave benchè non pericolosa*, si punirà sempre con pena *af-*

(1) Usus sum editione hac: *Nuova legislazione criminale, da osservarsi nella Toscana*, con varie note da TOMMASO NANI, Milano 1803. — De historia hujus Codicis cf. KEMPER, Inleiding, Hoofdst. I. pag. 34 et sqb.

flittiva ad arbitrio del giudice, e per tutte le altre offese leggiere, o fatte senz' arme si puniranno con *pena pecuniaria*, secondo la qualita di esse, dalle lire venticinque fino in lire dugento. » Hisce articulis collatis patet, eum qui dolo malo atque consilio hominem occidere tentavit, mitius puniri, ac laesione secuta.

Idem principium in art. 71 continetur : « quelle madri che avranno procurato l'aborto del feto da sè concepito, ed i complici del loro misfatto, siccome quei che avessero fatto alle medesime alcuna sorta di violenza, o usato altro mezzo col reo fine di farle abortire, *se sarà seguito l'effetto*, e resterà concluso esser derivato l'aborto dall' opera di cui lo ha procurato, subiranno la pena ordinaria degli omicidiarj dichiarata all' art. 67. *Se poi non seguisse l'aborto*, o seguito rimanesse in dubbio se ne sia stata la cagione il fatto a quello diretto, la pena come di *delitto attentato*, sarà per le donne *la carcere a tempo*, e per gli uomini *l'esilio* o *confino* parimente a tempo; nè sarà considerato che come omicidio colposo, se alcuno percuotendo una donna, o dandole per imperizia qualche cibo, o bevanda, o medicamento, le avesse cagionato fuori della sua intenzione l'aborto. » Hoc etiam articulo quaedam poenae differentia sistitur, prout abortus evenerit nec ne, et in posteriori casu multo levior poena statuitur. Porro in art. 85 dicitur : « gli incendiarj, quelli cioè per dolo e malizia, dai quali sarà fatto l'incendio, caderanno nella pena dei pubblici lavori a tempo, ed anche a vita a misura *non solo del danno, che avranno arrecato,*

ma ancora del pericolo di cagionarlo maggiore di quello inteso nell' esecuzione del pessimo loro disegno. » Ex illo etiam loco recte colligi potest, incendium tentatum mitius puniri, quam consummatum, ex articuli enim modo laudati sententia gravitas poenae aestimanda est *ex damno dato*, quod sane multo majus est, si incendium evenerit, quam si tentamen effectu caruerit.

Ad nostrum argumentum etiam art. 99, § 2, pertinet : « similmente co' *pubblici lavori a tempo* sarà punito lo stupro commesso, ancorchè senza violenza in vergine non viripotente, *se sarà consumato; e non essendo consumato*, con pena de *esilio*, o di *confino*, secondo il grado, e la qualità dell' attentato, e sempre sarà tenuto all' interesse della parte, non tanto per l'ingiuria, quanto per la deteriorata condizione della zittella. » Conatus stupri virginis nondum viripotentis mitius igitur punitur, quam crimen consummatum, et tandem referenda hic adhuc sunt ea, quae in art. 100, § 1, continentur : « la violenza usata nel ratto, come in ogni altra specie di delitto di carne, qualunque siasi, *se il delitto sarà consumato*, lo renderà sempre meritevole *dell' ultimo supplizio*, e solo nel ratto avrà il giudice l'arbitrio di minorare una tal pena, qualora vi fosse intervenuto il libero consenso della rapita, onde l'ingiuria percuotesse piuttosto i genitori, e i consanguinei, o i tutori, e curatori della medesima. *Non essendo poi seguito l'effetto*, se chi ha patito la violenza avrà riportato qualche grave ferita, o altra offesa parimente grave nella persona, la pena non sarà mai minore *di dieci anni di*

pubblici lavori; *fuori del detto caso, l'attentato sarà punito ad arbitrio del giudice.* » Ergo etiam in raptu eadem regula a Legumlatore observata, graviorque poena in crimen consummatum, levior in conatum constituta est. Factum quoque quod sub poena vetatur in art. 102 ejusdem Codicis, aliquando constituit conatum remotum homicidii, scilicet ibi agitur de eo qui portat arma prohibita; in eum articulum igitur is quoque incidet qui cum armis prohibitis ambulaverit, animo alterum occidendi; talis delinquens tamen eo articulo non punitur poena graviori, quam pecuniaria (1).

Hae sunt dispositiones particulares quas in Leopoldino Codice de nostro argumento sancitas invenimus; ex iis vero patet, Augustissimum Principem omnino perspectum habuisse principium, *conatum non eadem severitate, quam crimen consummatum, esse puniendum.* Ceterum ab eo nondum sancita est systematica varios conatus gradus puniendi ratio, quae posterioribus temporibus in variorum populorum Codicibus ipsisque Italicis introducta est. Neque talis sanctio tam necessaria videbatur tempore quo in mensurandis variis noxiae gradibus multum arbitrio judicis relinquendum esse censebatur. Nec non in singulis casibus, praecipue ex legibus singularibus, in Hetruria quoque conatus criminis crimini consummato aequiparatus fuisse videtur ipsa Leopoldi aetate, ut videri potest ex iis, quae in suis Institutionibus Criminalibus

(1) Cf. insuper art. 62, ubi puniuntur crimina tentata contra securitatem externam civitatis, et art. 79.

jubente Leopoldo scriptis, de delictorum conatu generaliter observavit J. M. Paoletti (1). Postea in Italia Re Publica Cisalpina constituta, *liberae* hujus Rei Publicae Legumlatores *serviles* se Franco-Gallorum imitatores exhibuerunt, et hinc etiam factum est, ut adoptarent novam legem de generali punitione conatus delictorum, in *Franco-Gallia* sancitam potissimum ex auctoritate *Italici* Scriptoris Filangieri. Sic hujus Viri de conatu doctrina, quam jam aetate Leopoldi notam prudentissimus Legumlator Hetruriae sequi noluit, postquam ea apud Exteros publicam impetraverat sanctionem, in Italicis quoque regionibus vim legis obtinuit, et, ut jam diximus, iisdem verbis quibus Lex Gallica, 22. Prair. anni IV, scripta erat, in Codice Cisalpinae Rei Publicae repetita est, adjecta tamen sanctione de conatu propria voluntate suspenso, qui saltem poena correctionis puniendus videbatur Legumlatoribus Cisalpinis (2).

Postquam autem Regno Italiae constituto novus Poenarum Codex sanciendus erat, Viri Doctissimi, inter quos Professores Juris Criminalis et Juris Publici in Academia Ticinensi, Nani et Rafaelli, ad illud negotium convocati, propriam viam inierunt, et licet eorum opus Imperatoris Franco-Gallorum Regisque Italiae confirmationem

(1) Edit. II. Mediol. 1805, Vol. I. pag. 5.

(2) Leggi organiche giudiziarie della Repubblica Cisalpina, Milano, anno VI. Repubblicano, nr. VIII. dei delitti e delle pene di cognizione dei tribunali Criminali, pag. 52. Part. II. tit. IV. art. 1 et 2.

non obtineret, illud tamen cum expositione rationum, cum Curiarum, Procuratorum Regiorum, JCtorum et Celebrium Scriptorum observationibus, et Legislatorum ad has observationes responsis in lucem editum (1), et certe Eruditorum examine dignissimum est. De conatu criminum puniendo hae in eo scriptae leguntur regulae generales (2): « Art. 68: l'attentato di delitto, perchè sia punibile, deve essere *manifestato con atti esterni e prossimi all' esecuzione*. Art. 69. § 1: l'attentato di delitto che sia stato sospeso dal pentimento, non è punito. § 2: se però il pentimento succeda ad atti che costituiscano un particolare delitto, l'attentante è punito per questo. Art. 70: se il delittto sia stato sospeso dal pentimento del mandatario dopo di avere accettato il mandato, è punito il mandante come colpevole di attentato. Art. 71. § 1: l'attentato di delitto che sia stato sospeso da circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà dell' incolpato, è punito nei delitti di alto criminale con commutazione della pena ordinaria di morte o dei ferri in vita, o con minorazione di uno o due gradi, se sia temporanea. § 2: la commutazione o la minorazione della pena è regolata colle norme perscritte nell' art. 59 (3). » Art. 72.

(1) Sub titulo: *Progetto di Codice penale pel regno d'Italia*, in opere saepius jam laudato: *Collezione dei travagli sul Codice penale*, Brescia 1807, Vol. I.

(2) Part. I. tit. 5. *Degli attentati*.

(3) « § 2. Se la pena ordinaria sia di morte, si sostituisce quella de' ferri in vita, o quella del quinto grado. § 3. Se la pena ordinaria sia de' ferri in vita, si discende al quarto o quinto grado della stessa pena. e. q. s. r. »

pertinet ad maleficia quae in specie *délits* Jure Gallico dicuntur, et tunc in Italia *delitti di pena correzionale* adpellabantur, ut ea quae Jure Gallico *crimes* dicuntur, in Codice Italico peculiari nomine vocabantur *delitti di alto criminale* (1). Revera igitur art. 72. ad nostrum argumentum non pertinet, cum nobis tantum de art. II. Codicis Gallici, sive tantum de *criminum* neque vero de *delictorum* in specie ita adpellatorum conatu tractandum sit. Neque tamen prorsus inutile erit meminisse, delictorum conatus nec ex Codice Italiae de quo loquimur, tam generaliter quam criminum conatus, puniendos fuisse, et pro iis quoque casibus in quibus puniendi videbantur, adjectam fuisse regulam : « *la punizione di tale attentato è sempre minore di quella reservata al delitto stesso.* » Adeoque judici data erat potestas, meram *politiae simplicis* poenam in *delicti conatum* irrogandi.

Ex articulis vero superius laudatis patet, in Codice de quo hic agitur, criminum quoque solum conatum proximum puniri, requiruntur enim facta quae ad exsecutionem *proxime* accedunt, *atti esterni e prossimi all' esecuzione*, et in ea re convenit artic. 68. Codicis Itali cum art. II. nostri Codicis. Sed nunquam ex illo poena criminis consummati ordinaria conatui inferri potest, etiamsi hic exitu caruerit momentis a voluntate agentis non pendentibus; in eo casu poena levior adplicanda est ex variis distinctionibus quae in art. 59 ejusdem Codicis

(1) Cf. art. 11 et 12 ejusd. Codicis, et op. laud. pag. 150 et sqq.

statutae sunt. Ceterum semper a poena liberari potest delinquens, si propria ac liberrima voluntate a criminis executione recedit, (art. 69, § 1.) si tamen conatus jam crimen peculiare per se constituit, illius facti poena est irroganda. (art. 69, § 2.) Ex his patet, inter doctrinam illius Codicis et art. II. nullam intercedere differentiam, nisi quoad poenam conatus proximi, adeoque vitium quod in Gallici Codicis scriptura vituperavimus, in Italico quoque invenitur; dicitur enim : *l'attentato deve essere manifestato con atti esterni*, quasi cogitari posset conatus sine factis externis (1)! Nec satis rationem habuerunt Italiae Legumlatores criminis *perfecti* quod dicitur, quamvis e. g. conatus homicidii, quod *consummatum* poena mortis adficiendum est, ex art. 71. Codicis Italici, collato cum art. 59. et 52. a judice vel poena *dei ferri in vita*, vel ea poena *del quinto grado*, i. e. a sexdecim ad viginti annos puniri possit, et hinc judices poenam perpetuam pro crimine perfecto, temporariam pro aliis gradibus conatus proximi infligere possint. Melius enim forte fecissent, si poenam perpetuam expresse tantum pro casu conatus omnino perfecti constituissent. Nec possum admodum adsentiri iis quae ad art. 71. respectu delicti perfecti observata sunt a Curia quadam Italica (2) : « la gran diversità de' casi che cader possono sotto di questo articolo,

(1) Hoc vitium reperitur etiam in : Rapporto che contiene i motivi del progetto del Codice penale, Vol. I. pag. 180, della Collezione dei travagli.

(2) Il tribunale d'appello del dipartimento d'Olona, Vol. II. pag. 248 et 249 operis saepius laudati : Collezione dei travagli.

hà fatto riflettere al tribunale, che siccome talvolta la gravezza dell' attentato e la pertinacia dell' agente nello sforzarsi a superare persino quegli stessi fortuiti ostacoli che lo impedirono ad eseguire il delitto, esigerebbe una pena niente meno severa della fissata pel delitto commesso, così sarebbe piu conveniente di disporre l'articolo in modo, che la *commutazione* della pena fosse concepita in termini *facoltativi*, e non *assoluti.* » De hac re tamen satis superque a nobis superius disputatum esse credo. Observandum quoque est, articulo 70. Codicis Italici expresse mandantem poena conatus adfici, si mandatarius, accepto mandato, a delicti exsecutione propria voluntate recedit, eamdemque sententiam contineri in art. II. Codicis nostri ex doctrina Viri Clar. Legraverend (1). Quale praeceptum Legumlatores Italiae in Codice de quo nunc loquimur, art. 439. adoptaverint circa conatum homicidii per media non idonea perpetratum, supra jam uberius exposuimus (2), nec erit necessarium, singula quaeque Codicis Italici praecepta exponere ratione eorum criminum, in quibus de conatu puniendo peculiares sanctiones Legumlatoribus necessariae videbantur (3).

Exemplum Codicis poenarum pro Italia propositi, cujus

(1) Vol. I. pag. 97. Cf. la Collezione dei travagli, Vol. I. pag. 181, Vol. II. pag. 124 et 170, Vol. III. pag. 202 et 203.

(2) Part. II. cap. II. § 10.

(3) E. g. de expositione infantis, art. 457, de abortu, art. 463-465. Cf. etiam artt. 156 et seq. 173, 442, 443, 452 in fine, 487, 488, 489, 407, et Collezione, Vol. III. pag. 248.

praecepta circa conatum modo exposuimus, sanctionem publicam nunquam obtinuit. Nuper tamen alius Codex poenarum in Italia pro Ducatu Parmensi sancitus est, ab hujus principatus Moderatrice, quondam Imperatrice Franco-Gallorum, et in hoc Codice quoad conatum scriptura Codicis Franco-Gallici, sed doctrina laudati exempli quondam pro Regno Italiae propositi aliquo modo adoptata est. Leguntur enim in Codice Parmensi sequentia (1) : « Art. 77 : è punibile il tentativo, il quale *sia stato manifestato con atti esterni, e susseguito da un principio di esecuzione*, se questa non sia stata sospesa o priva d'effetto che per circostanze fortuite e indipendenti dalla volontà dell'autore. Art. 78 : il tentativo è sempre punibile ne' crimini; ne' delitti è punibile in que' soli casi che sono expressamente additati dalla legge. Art. 79 : quando per qualche caso particolare non sia disposto in contrario, la pena del crimine tentato sarà quella di *un grado immediatamente inferiore alla pena del crimine consumato*. Art. 80 : la pena del delitto tentato, quando la legge ne prescrive la punizione, sarà sempre al di sotto della metà di quella che sarebbesi pronunciata contro il delitto consumato. Art. 81 : se il crimine o il delitto tentato dal mandatario sia stato sospeso dal solo suo pentimento, il mandante sarà considerato e punito come colpevole di vero tentativo. »

(1) Codice penale per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla, Parma 1820. Lib. I. cap. IV. sezione III. *Del crimine o delitto tentato.*

§ II.

De Codice Rei Publicae Ticinensis.

Hic Codex in lucem editus est sub titulo : *Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino* (1), et de conatu puniendo in eo statuta sunt haec (2) : « Art. 44. L'attentato è *un atto esterno tendente all' esecuzione di un determinato delitto*. § 1. Egli è o rimoto o vicino o prossimo : in proporzione dei gradi è punito, in tutti i casi in cui la legge punisce l'attentato, *con pena sempre minore di quella assegnata al delitto consumato*. Art. 45. L'attentato di un delitto correzionale non è punito che nel solo caso in cui, spinto al grado *prossimo*, non sia stato impedito che da circostanze estrinseche e indipendenti dalla volontà del colpevole : la pena però è la minima entro la legale latitudine stabilita pel delitto consumato. Art. 46. L'attentato *vicino* o *prossimo* di un delitto *d'alto criminale*, sia o non sia sospeso dalla volontà del colpevole, è sempre punito o *colla commutazione* della pena ordinaria stabilita pel delitto consumato, se questa sia perpetua, o colla *minorazione* di uno o due gradi, se temporanea. § 1. Se la pena ordinaria è *di morte*, si sostituisce *quella dei ferri a vita o dell' ultimo*

(1) In Lugano 1816. Posterius anno 1822 prodiit *una legge di reforma*, quam legem comparare non potui.

(2) Part. I. tit. IV. *Degli attentati.*

grado dei lavori forzati; § 2. se *dei ferri a vita*, si sostituisce *quella dei lavori forzati in* 4° *o* 3° *grado*; § 3. se della *degradazione civica o dell' interdizione*, si sostituisce la *sospensione dei medesimi diritti*, *ufficio o traffico in* 3° *o* 2° *grado rispettivo*, come all' art. 17. § 4. *Se fu il pentimento che sospese l'esecuzione del delitto*, la pena sarà la *minima nei rispettivi gradi stabiliti dai* § §. *antecedenti. Art.* 47. Non vi è attentato di delitto per sua natura d'impossibile esecuzione, o *per l'oggetto*, o per la *natura* dei mezzi. Art. 48. Alcuni atti manifestano soltanto *la rea intenzione*, altri costituiscono la *scala progressiva della materiale esecuzione del delitto*: in questi ultimi soltanto sta l'attentato criminoso; i primi fanno *prova* dell' *intenzione non mai punibile*. »

Hoc Codice igitur divisio conatus in *remotum*, *propiorem et proximum admittitur*, *egli è o rimoto o vicino o prossimo* (art. 44. § 1.). Conatus autem delinquendi cujuscumque gradus *nunquam ordinaria delicti comsummati poena plectitur*, *sed semper leviori* (art. 44. § 1.). In criminibus, id est, in factis quae *criminaliter*, sive poenis infamantibus puniri solent, *delitti d'alto criminale*, ex art. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14. Codicis, si delicti exsecutio momentis fortuitis non evenerit, semper conatus propior atque proximus poena afficitur, nunquam tamen eodem modo ac ipsa laesione secuta. In poena conatus vero ad poenam criminis consummati aestimanda eumdem modum adhibuerunt Legumlatores Ticinenses, qui in Codicis Regni Italiae anni 1806, art. 59 et 71,

observatus erat; sed fatendum est, eum modum melius quadrare in sanctiones reliquas Codicis Ticinensis, quam in sanctiones Codicis Regni Italiae. Cum enim conatus criminis poena mortis digni puniendus sit ex utroque Codice vel poena operis perpetui, vel summo gradu operis temporarii, i. e. per 15 ad 20 annos; duplex poenae *genus* ex duplici *gradu* conatus puniendi, in Codice Ticinensi proposito, *proximo* et *vicino* scilicet, naturalem habere adplicationem et difinitionem, et disertius pro crimine *perfecto* quod vocant, solo, *perpetua* poena constituta esse videtur. Ceterum observandum est, fortasse in quibusdam criminibus morte dignis id quod *perfectum* crimen vocant, non locum habere posse, et in ejusmodi criminibus, ad quemcunque gradum pervenerit conatus, nimis severam videri perpetuam poenam, tum ejus conatus qui proximus dicendus est ex nostro systemate, fortasse in ipsis capitalibus criminibus gradus sunt, pro quibus minimum poenae, in laudatis Codicibus pro conatu constitutae, quindecim annorum opus scilicet, adhuc nimis severum est. Desideratur etiam in Codice Ticinensi adcuratior definitio conatus proximi, propioris et remoti, quod eo magis vituperandum est, cum illa distinctio trium graduum conatus non omnibus Scriptoribus eodem sensu accipiatur. De conatu criminum remoto nulla regula generalis in Codice Ticinensi constituta est, unde et arg. art. 44, § 1, collato cum art. 46, pr. sequitur, eum puniri non posse, nisi in casibus singularibus a lege speciatim indicatis, quod tamen melius Legumlator expressis verbis constituisset. Nec comprobare possum art. 45. quo requiritur conatus proximus ad

poenam irrogandam in delictis puniendis poena correctionis. In pluribus enim horum delictorum, e. g. levioribus furtis ne cogitari quidem potest conatus proximus in eo sensu, quo communiter conatui propiori et remoto opponitur, et nihilominus utile est ac necessarium, in ejusmodi delictorum conatus aliquam poenam constituere. Notanda sunt verba quae in Codice Italico et Ticinensi occurrunt : *con commutazione della pena ordinaria*, si agitur de poenis perpetuis; et : *con minorazione*, si de iis sermo est quae ad tempus irrogantur ; et quoad ipsam conatus definitionem, ea quae in Codice Ticinensi invenitur, multo adcuratior est ea quam, Legumlatorum Gallicorum errorem sancientes, Legumlatores Regni Italiae anno 1806. adoptaverunt.

Delinquens qui propria sua voluntate a delicto persequendo destiterit, ex Codice Ticinensi mitius quidem punitur, art. 46, § 4, neque vero absolvitur ab omni poena; quod quidem generaliter in sententiam quam de ea re proposuimus, quadrat, non tamen omnino quoad poenae modum comprobandum est, cum e. g. poena *operis temporarii quindecim annorum* poena certe nimis gravis sit pro eo, qui e. g. post ipsum conatum homicidii meditati propria voluntatis actione et ex verae poenitentiae motu se abstinuit a consummatione. Neque hoc admodum quadrat in constitutionem articuli 45, ex quo, qui post delicti *correctionalis* quod vocatur, proximum conatum commissum libera voluntate recedit, ab omni poena liberatur. Ceterum ex Codicis Ticinensis doctrina recte simplex animi delinquendi manifestatio nullatenus coërcetur. Art. 48. enim dicitur : *in*

questi atti soltanto sta l'attentato criminoso, che costituiscono la scala progressiva della materiale esecuzione. Minus nobis, ut jam supra diximus, placet art. 47. ex quo conatus maleficii, cujus exsecutio impossibilis est vel ex ejus objecto, vel ex natura subsidiorum adhibitorum, impunis est omnino. Distinguere enim adcuratius debuisset Legumlator, et videntur ex laudato mox articulo impunes esse quidam conatus, qui ex iis quae supra diximus de mediis non idoneis ad delictum perficiendum adhibitis, aliquam punitionem merentur ex rerum natura. Fortasse dicetur, eos casus in laudato articulo non contineri. Ad hoc admittendum etiam monere videtur ejusdem Codicis articulus 259. qui sic sonat : « è punito come reo di attentato chi, *avendo in animo di commettere un omicidio*, usa per errore di un mezzo *non idoneo alla consumazione del delitto.* » Ex hoc articulo igitur in homicidio is qui *circa medii adplicationem erravit*, eodem modo est puniendus, ac si *mediis idoneis usus esset.* Is vero, ut supra probavimus, ex rei natura paululum mitius foret puniendus. Praeterea semper dubium manet, utrum art. 259. loquatur de casu, art. 47. *non contento*, an vero pro homicidio regulae, art. 47. constitutae, *exceptionem constituat;* et si illud admiseris, quid in reliquis casibus in quibus quis circa adplicationem adminiculi erraverit, ex *mente* Legumlatoris statuendum sit. Ceterum in Codice Ticinensi multa ex Codice Italico priori circa conatum recepta, alia emendata esse, quivis animadvertet vel ex levi utriusque Codicis collatione. Et quamvis Codicis Ticinensis sanctiones non omnibus numeris absolutae praedi-

cari possint, eas tamen ad optimas pertinere, adhuc de puniendo conatu apud populos Europaeos legibus propositas, contendere non dubitamus. Tandem nec omittendum est, in Codice Ticinensi quoque nonnullas contineri dispositiones, peculiares conatibus singulorum criminum, velut abortus, aliorumque (1).

§ III.

De Codicibus Austriae.

In Germania Legum Criminalium reformationis initium factum est ab Imperatore Josepho II, qui Edicto, 13. Jan. 1787, poenarum Codicem pro Austria promulgavit, inscriptum : *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* (2). In eo Codice completum quidem de conatu puniendo systema non magis continebatur, quam in Codice Leopoldino, quem imitari voluisse videtur Josephus II; generalis tamen sanctio ad conatum pertinens art. 9. proposita erat his verbis : « obschon der Gedanke, und ein inneres *boeses* Vorhaben allein noch *kein Kriminal-Verbrechen* sind; so ist doch zum Verbrechen auch nicht noethig, dass die Ue-

(1) Cf. art. 270-272, 101 et sqbs, 265 coll. cum 263, 281, 311, 339, 346, 347, 360, 247, 228.

(2) Wien 1787, ad quem Codicem accessit anno 1788 *die Allgemeine Criminalgerichtsordnung*. De historia hujus Codicis cf. KEMPER, l. l. pag. 31 et sqb.

belthat wirklich ausgeführet werde. Schon der *Versuch* der Uebelthat ist ein *Kriminal-Verbrechen*, sobald der Boesgesinnte zur wirklichen Ausübung derselben sich angeschicket, und sein Vorhaben durch *aeusserliche* Kennzeichen, und eine Handlung offenbaret hat, die That aber in der Folge nur aus Unvermoegen, aus dazwischen tretenden fremden Hindernissen, oder aus Zufall nicht *vollbracht* worden ist. » Hunc articulum iisdem fere verbis etiam Josephus II. pro Belgio sanxit in lege, jam superius relata (1), cum examinaremus, qua via Legumlatores Franco-Galliae pervenerint ad ea constituenda quae art. II. Cod. poen. constituta leguntur. Docuimus etiam eodem loco, aliquam convenientiam scripturae art. II. Codicis Gallici, et art. 9. Codicis Josephini animadverti; neque tamen credendum est, idem praeceptum quoad conatum in utroque Codice sancitum esse. Dicitur quidem in Codice Austriaco, neminem ob solam cogitationem puniri posse, nec solum consilium criminis committendi unquam delictum criminale, *ein Kriminal-Verbrechen*, constituere, tale tamen *delictum criminale* constitui *conatu criminis*, si malevolus factis ad executionem tendentibus *externis* manifestaverit consilium suum, crimen ipsum vero solo casu fortuito, atque momentis ab agentis voluntate non pendentibus, non fuerit consummatum; his vero minime dicitur, conatum eadem poena atque consummatum crimen esse puniendum. Distinxit enim Imperator inter *Kriminal-Verbrechen* et *Po-*

(1) Réglement provisionnel pour la procédure criminelle dans les Pays-Bas Autrichiens, Bruxelles 1787. art. 9. pag. 6.

litischen Verbrechen, fere ut Jure Nostro inter *crime* et *délit* distinguitur, et constituit, *criminis* conatum ipsum pro *crimine* haberi debere, i. e. *criminali* poena, non sola poena *politiae* puniri; sed art. 14. expresse judici dedit potestatem, poenarum differentiam sistendi *nach dem Grad der bei der Uebelthat einschlagenden Bosheit, nach der Wichtigkeit der mit dem Verbrechen verknüpften Folgen, und der Groesse des daraus entspringenden Schadens.* Ex his verbis satis patet, Imperatorem voluisse, diversas poenas in consummatum crimen et ejus conatum irrogari, quae ejus mens etiam ex poenis diversis, constitutis art. 103. in mandatorem caedis, et multis aliis sanctionibus indubitate efficitur. Ceterum verba articulo 9. contenta etiam ad *remotum* conatum pertinere videntur, qua in re hic articulus ab art. II. Codicis Gallici discedit, et in definienda adcuratius conatus poena nimium tribuisse Imperatorem judicis arbitrio, censeo.

Codex Josephi II. in Austria per longum tempus vim legis habebat, donec Edicto Francisci II. Imperatoris, die 3. Sept. 1803, novus promulgaretur Codex sub titulo: *Gesetzbuch über Verbrechen, und schwere Polizey-übertretungen* (1). Hic autem duabus constat partibus, prior inscribitur *von Verbrechen und Bestrafung derselben*, posterior vero *von*

(1) Wien 1803. Nova editio, posterioribus legibus singularibus aucta, prodiit 1815. De Codicis Historia conf. Jenull, das Oestreichische Criminalrecht, Theil I. Grætz. 1820. pag. 74 et sqbs, et Kemper, Inleiding tot het Crimineelwetboek, pag. 32 et seq. hoofdst. 1.

den schweren Polizey-übertretungen und Bestrafung derselben, et haec Codicis divisio in duas partes spectat distinctionem inter duas delictorum classes, quae aliquo modo in distinctionem Codicis Josephi II. quadrat, ex qua delicta in *criminalia* et *politica* dividebantur. De conatu in novo Codice Francisci II, et quidem in Parte I, ad *crimina* pertinente haec sancita reperiuntur (1) : « § 7. Zu einem Verbrechen ist nicht nœthig, dass die That wirklich ausgeführet werde, schon der Versuch einer Uebelthat ist das *Verbrechen*, sobald der Boesgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat, die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermœgenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses, oder durch Zufall unterblieben ist. » Hic articulus fere idem est atque articulus 9. Codicis Josephi II, et licet Auctores novi Codicis *restringere* voluerunt aliquo modo mentem articuli 9. Codicis Josephini, ii tamen non conatum proximum solum, sive non hoc solum quod *commençement d'exécution* vocarunt Legumlatores Galliae, puniendi animum habuerunt. Porro autem in novo Codice haec leguntur : « § 8. Ueber Gedanken oder innerliches Vorhaben, wenn keine aeussere bœse Handlung unternommen, oder nicht etwas, so die Gesetze vorschreiben, unterlassen worden, kann niemand zur Rede gestellet werden. » Ulteriores de puniendo conatu regulae hoc loco non proponuntur, sed ad exemplum Codicis Josephini,

(1) *Von den Verbrechen*, Sect. I. cap. 1.

in capite quo de caussis mitigantibus tractatur (1), dicit Legumlator : « § 40. Milderungs-umstaende in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That sind.... *wenn es bey dem Versuche geblieben ist, nach Maass als der Versuch noch von der Vollbringung des Verbrechens entfernt gewesen* etc. » Similis dispositio ratione *delictorum graves disciplinae publicae offensas continentium*, in Codicis Criminalis Parte II. (2) continetur his verbis : « § 390. Mildernde Umstænde sind, wenn der Uebertreter, da es in seiner Gewalt stand, die Uebertretung zu vollenden, daraus grœsseren Vortheil zu ziehen, grœsseren Schaden zuzufügen, es bey dem Versuche gelassen. » Qua ratione denique caussae mitigandarum poenarum a judice adplicandae sint, diversis iterum locis indicatum est, praecipue ratione criminum (3).

Ex horum omnium collatione patet, in universum quidem Austriae Legumlatorem adoptasse principium, levius animadvertendum esse in criminis conatum, quam in ipsum crimen consummatum, hujus principii tamen constantem et facilem adplicationem quodammodo lege ipsa irritam fieri. Non solum enim nimis complicatus est modus, secundum quem debet a judicibus conatus poena ad poenam consummati criminis computari, verum etiam plurima momenta quae delictum

(1) Part. I. Sect. I. cap. 4.

(2) *Von den Schweren Polizey-übertretungen*, Sectio II. cap. 5.

(3) Part. I. Sect. I. cap. 5. § 46. 47. 48. Sect. II. cap. 11. § 433. 434. 435. 441. 442.

adgravantia dicuntur, id efficere possunt, ut momentorum *mitigantium* nulla ratio habenda sit, ergo etiam criminis conatus dijudicandus sit, ac si crimen esset consummatum. Tum, etiamsi eo quod crimen effectum spectatum non habuit, sive delinquens non ultra criminis conatum progressus est, caussa mitigandi poenam adesse intelligatur, nec aliqua caussa delictum adgravans adsit, qua possit effectus illius mitigationis tolli; nihilominus in gravioribus potissimum criminibus judex non facultatem habet, levius poenae *genus* irrogandi, quam irrogandum est crimine consummato, sed tantum id efficitur, ut judex debeat poenae in consummatum crimen constitutae leviorem *gradum* infligere. Si denique in consummatum crimen summum supplicium constitutum est, propter conatum mortis poenam remittere *judici* non licet, etiamsi ex altera parte nulla facti circumstantia crimen adgravet; sed omnis effectus distinctionis inter conatum et consummationem tunc in eo consistit, quod possit reus, si delictum consummatum non est, facilius *gratiam* Summi Imperantis obtinere (1). Si ad haec addideris, notionem conatus Jure Austriaco latiorem esse ac Jure Gallico, non multum systema de conatu puniendo legibus Austriae adoptatum praestare videtur systemate a Legumlatoribus Franco-Galliae sancito. Ceterum si quis propria voluntate a crimine incepto destiterit, ab omni poena absolvendus est etiam Jure Austriaco, nisi iis quae jam fecit, per se peculiare aliquod delictum

(1) Cf. JENULL, ad Cod. Aust. Tom. I, pag. 190 et sqs, pag. 411 et sqs, pag. 454 et sqs, pag. 199 et sqs. — PHILIPSE, pag. 52, pag. 80 et 81, coll. cum 77 et 78.

constituatur. Praeter haec principia generalia tandem in Codice Francisci II. plurimae continentur sanctiones de conatu in casibus particularibus puniendo, quas omnes referre longum est (1). Notatu digna tamen sunt verba art. 121, ex quibus *homicidii* conatus leviori poenae *genere* puniendus est, quam crimen consummatum : « der unternommene aber nicht *vollbrachte gemeine Mord*, ist an dem Thaeter, und den Mitschuldigen mit schwerem Kerker von fünf bis zehn Jahren, an den entfernten Theilnehmern von einem bis fünf Jahre zu bestrafen; ist aber *ein Raub-mord*, *Meuchel-mord*, *bestellter Mord*, oder ein Mord an den in dem vorigen Paragraphe erwaehnten Angehoerigen versuchet worden, so ist die Strafe des schweren Kerkers gegen den Thaeter und die Mitschuldigen *zwischen zehn* und *zwanzig* Jahren, und bey besonders *erschwerenden Umstaenden* auf *lebenslang*, gegen die entfernten Theilnehmer aber zwischen fünf und zehn Jahren auszumessen. » In crimen consummatum vero multo gravior poena statuta est articulis 118, 119 et 120, et quidem in homicidii auctorem poena mortis.

Ceterum systema in Codice Austriaco de puniendo conatu propositum, licet non omnibus numeris illud sit absolutum, multos alios tamen Legumlatores movisse videtur, ad accuratiora de hoc argumento praecepta proponenda, et vix alius Legumlator ante illius Codicis constitutionem majorem diligentiam adhibuerat ad hanc rem definiendam. Non possumus tamen silentio praeterire Codicem poenarum quem

(1) Cf. e. g. Part. I. §§. 96 et 94, 99 et 97, 101, 330.

anno 1793 edi curavit Episcopus Bambergensis, et qui publicam sanctionem obtinuit in hujus Principis dominio. Non solum enim in hoc Codice conatum adcuratius definire studuit Legumlator, verum etiam regulas generales de ejus puniendi ratione sanxit, ita, ut nunquam posset conatus eodem poenae genere puniri quam crimen consummatum (1). Regulariter etiam ex sententia Constitutionis Criminalis Caroli V, et Jure Criminali Communi quod vocatur, jam a longinquiori aetate conatus levius puniendus censebatur in Germania (2). De Codicis Borussici sanctionibus speciatim in sequenti § tractabimus.

§ IV.

De Codice Borussico.

Anno 1794, regnante Frederico Guilielmo II, sub titulo: *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* publicam sanctionem obtinuit celebratissimus ille Codex Juris Borussici, ad quem conficiendum multa jam regnante Frederico II. praeparata erant (3). Illius vero Codicis Partis II. Titulus XX. continet Jus Criminale Borussicum, sive legitima praecepta

(1) Entwurf einer neuen peinlichen Gesetzgebung, verfasset von PFLAUM, Frankfurt und Leipzig 1793, Theil I. art. 11. art. 29 et 30.

(2) Cf. KLEINSCHROD, op. laud. Vol. I. pag. 87. Constit. Crim. Carol. art. 178, et BOEHMER, ad h. a.

(3) De historia hujus Codicis conf. KEMPER, Inleiding, Hoofdst. 1. pag. 47 et seq. — MATHIS, juridische Monatchrift für die Preussischen Staaten, Bd. X.

de delictis atque poenis (1), et in eo titulo de conatu haec leguntur : « § 39. Die ordentliche Strafe eines vorsaetzlichen Verbrechens trifft denjenigen, welcher dasselbe wirklich vollbracht hat. § 40. Hat der Thaeter zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan, die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen blossen Zufall verhindert worden; so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am *naechsten* kommt, verwirkt. § 41 Die naechste Strafe nach dieser trifft den, welcher durch einen blossen Zufall an der letzten, zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung gehindert wurde. § 42. Hat ein solcher Zufall schon die vorlaeufigen Anstalten zu der strafbaren Handlung unterbrochen, so wird die bœse Absicht nach Verhæltniss des Fortschrittes zur wirklichen Vollziehung geahndet. § 43. Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht, und dabey solche Anstalten trifft, dass die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann, ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen und ihres Vorhabens, die Ausführung dessen hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen. § 44. Auch blosse Drohungen, ein gewisses Verbrechen begehen zu wollen, sind strafbar, und verpflichten den Staat zu Maassregeln, wodurch der Bedrohete in Sicherheit gesetzt wird. »

(1) Speciatim editus est hic titulus Berolini 1817. Codicem Criminalem judiciarium vero posterius obtinuit Borussia anno 1806, s. t. *Allgemeines Criminalrecht für die Preussischen Staaten, Erster Theil, Criminal-ordnung*, editio tertia, Berolini 1819.

Ex hoc igitur Codice etiam conatus semper mitius punitur quam ipsum delictum consummatum; si enim delinquens executionem absolvit quantum poterat, sive conatum perfecit, ipsi infligitur poena quae ordinariae delicti poenae est proxima, art. 40. Conatus vero propior punitur poena quae ad poenam conatus perfecti proxime accedit, art. 41. In conatu puniendo igitur ratio habetur eorum quae ad delicti exsecutionem efficiendam commissa sunt. Quaenam autem poena tentamini remoto irroganda sit, lege ipsa adcuratius non definitur, sed tantum dicitur, in malam intentionem tali conatu manifestam pro ratione progressus ad veram exsecutionem animadvertendum esse, quibus verbis Legumlator sane intellexit talem poenam, qualis a poena *ordinaria* et *extraordinaria* distincta *arbitraria* dicitur art. 35. Si vero legibus *arbitraria* poena delicto infertur, ea pendet a judicis *arbitrio*, ita tamen, ut ille non possit graviorem poenam irrogare quam poenam *carceris* sex septimanarum, vel mulctam quinquaginta eorum nummorum qui *Thaler* vocantur. Si quis vero sponte a crimine consummando se abstinuerit, aut etiam quidquam instituerit, quo laesionis eventus redditus fuerit impossibilis, a poena quidem non *jure* absolvi potest, via tamen *gratiae* ipsi patefit ex art. 43, cujus sanctionem minus adhuc comprobandam esse puto, quam sanctiones aliorum Codicum, quibus in tali casu plena delinquendi impunitas conceditur. Art. 44. puniendae declarantur solae minationes committendi criminis, unde patet, Legumlatorem eas aliquo modo tanquam criminis conatus considerasse. Quod tamen qua mente intelligendum sit, non adcuratius, neque satis

adcurate poenae modus pro eo casu definitur. In universum haec quae de Codicis Borussici praeceptis circa conatum retulimus, sufficient ad demonstrandum, quasdam egregias dispositiones circa argumentum nostrum in illo Codice contineri, neque vero eum vitiis carere; ad haec potissimum generalis regula de puniendo conatu *remoto*, ad illa principium pertinet, ex quo inter conatum et consummationem poenae generum *diversitas* constituitur.

§ V.

De Codice Bavarico.

Edicto Maximiliani Josephi Regis, 16. Maii 1813, promulgatus est *Monaci* sub titulo: *Strafgesetzbuch für das Koenigreich Baiern*, Codex poenarum nostra aetate celebratissimus, duabus partibus constans; in priori de criminibus et delictis, *über Verbrechen und Vergehen*, in posteriori de judiciorum criminalium ordine, *von dem Prozess in Strafsachen* agitur (1). In prima autem laudati Codicis parte, art. 57, maleficii conatus factus esse dicitur, si quis animo crimen committendi actiones externas perpetraverit, vel ad

(1) Cum Codice prodierunt: Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Kœnigreich Baiern, nach den Protokollen des Kœniglichen geheimen Raths, München. 1813. III. Voll. Hae adnotationes comparari possunt iis quae in Gallia edita sunt s. t. *Exposé des motifs* etc. — Vol. I. § 1-7, historia Juris Crim. Bavarici et confectionis novi Codicis narratur.

exsequendum vel ad *praeparandum crimen directas*, « *wenn eine Person, in der Absicht ein Verbrechen zu begehen, œusserliche Handlungen vorgenommen hat, welche auf Vollbringung oder Vorbereitung desselben gerichtet sind.* » Qui in exsequendo crimine neque vi externa (*œussere Hindernisse*), neque impotentia quadam (*Unvermœgenheit*), neque etiam casu fortuito (*Zufall*) impeditus fuerit, verum propria voluntate (*freiwillig*), sive conscientia vel misericordia motus (*Gewissensregung, Mitleid*), vel poenae metu (*auch Furcht vor Strafe*) ab ausu recessit, impunis dimittitur ex art. 58. Voluntarius tamen recessus non praesumitur ex ejusdem articuli sanctione expressa, et in *criminibus* quae puniuntur poenis gravioribus (*mit Todesstrafe, Kettenstrafe, Zuchthaus und Arbeitshaus*, quibus poenis Jure Nostro *la peine capitale, travaux forcés à perpetuité, travaux forcés à temps* et *réclusion* aequiparari possunt, sive eae quae dicuntur *afflictives et infamantes*), convicti alicujus conatus proprio voluntatis motu suspensi ex art. 59. speciali custodiae disciplinae publicae submittendi sunt (quae institutio, *Anordnung besonderer persoenlicher Polizei-aufsicht*, comparanda instituto quod Jure Gallico *renvoi sous la surveillance speciale de la haute police* vocatur, Jure Bavarico pro vera poena non habetur). Praeterea conatus auctor qui a consummando crimine libera voluntate se abstinuit, sed cum intentione crimen alio tempore, vel alio loco, vel contra aliam personam, vel alio modo consummandi, ex art. 58. non minus puniendus est, ac si casu fortuito fuisset a criminis consummatione retentus.

Lex agnoscit duplicem conatus gradum, proximum (*næchster Versuch*), et remotum (*entfernter Versuch*). Conatus proximus ex art. 60. constituitur, « *wenn ein strafbarer Versuch der Vollbringung des Verbrechens oder Vergehens* (1) *so nahe gekommen, dass der Uebertreter schon in derjenigen Handlung begriffen war, durch welche das Verbrechen oder Vergehen sogleich und unmittelbar in Wirklichkeit gebracht werden sollte*, » ejusque conatus poena ex art. 60. ad poenam crimini consummati sequenti ratione computanda est. Si crimen ipsum poena capitali plectitur, conatus proximus opere perpetuo (*Kettenstrafe*), sive opere temporario sine temporis determinatione (*Zuchthaus auf unbestimmte Zeit*) afficitur; si vero consummati criminis poena est opus perpetuum (*Kettenstrafe*), vel opus temporis incerti vel saltem 20 annorum (*Zuchthaus auf unbestimmte Zeit oder wenigstens auf 20 Jahre*), conatus auctor in *decem* ad *quindecim annos* eadem poena puniendus est. In reliquis autem poenis libertatem pro certo tempore restringentibus (*zeitlich begrenzte Freiheitsstrafen*), de poenae pro consummato crimine constitutae minimo ad puniendum conatum quarta pars remittitur, adeoque minimi illius poenae dimidium pro rei circumstantia in conatum irrogari potest ex art. 60. Eadem principia observantur ex art. 61, si delinquens criminis, ad cujus consummationem lex certum effectum requirit,

(1) Inter *Verbrechen* et *Vergehen* fere ut Jure Gallico inter *crime* et *délit* distinguitur; distinctionis effectus tamen in Jure Bavarico longe alii sunt ac Jure Gallico.

actum ultimum absolverit, crimen vero solis momentis fortuitis effectu caruerit, « *wenn bei Verbrechen, zu deren vollstaendigem Begriffe der Erfolg einer bestimmten Wirkung gehoert, die Haupthandlung selbst vollkommen geendiget, aber die erfoderliche Wirkung aus zufaelligen Ursachen vereitelt worden ist.* »

Conatus vero remotus, id est, conatus qui continetur actionibus, quae quasi *praeparationes actus principalis*, *crimen consummantis*, considerari possunt, « *welcher bei solchen Handlungen stehen geblieben ist, die nur als Vorbereitungen zu der das Verbrechen vollführenden Haupthandlung zu betrachten sind*, » ex art. 62. punitur carcere criminali (*Arbeitshaus*, *reclusion*), a tribus ad 5 annos, si delictum consummatum morte plectitur; eadem poena ab uno ad tres annos, si crimen opere perpetuo vel temporario plectitur; poena carceris correctoria (*Gefaengniss*, *emprisonnement*), ab octo diebus ad tres menses, si laesio perfecta carcere criminali punitur; et denique censura publica (*oeffentlichem Verweise*), si delictum consummatum via correctionis puniendum est. Tandem si conatus ipse jam delictum perfectum in se continet, (*ein vollendetes Verbrechen*), tunc ex art. 63. poena in conatum constituta infligenda, sed aliquo modo asperanda est (*mit Schaerfung anzuwenden*); nisi poena delicti quod jam alterius delicti conatu consummatum est, gravior sit quam poena conatus, in quo casu illius delicti poena infligenda, sed aliquo modo asperanda est (*kommt nebst Schaerfung in Anwendung.*) Tale factum dicitur conatus

compositus a Legumlatore, sed verius conatus criminis cum alio crimine *concurrere* diceretur.

Bene admodum, ut ex relatis Codicis Bavarici articulis patet, Legumlator inter *proximum* et *remotum* conatum distinxit, minus vero comprobandae videntur regulae generales de puniendo conatu remoto propositae. Porro, licet generaliter laudandum sit principium in Codice adoptatum, ex quo semper in conatum ipsumque proximum levius poenae genus quam in consummatum crimen irrogandum est, et sapientissime in omnibus fere criminibus ipsius conatus proximi poena inter minimum et maximum definita sit, ita ut judex possit pro variis conatus proximi gradibus, et diverso actionis dolum manifestantis progressu, consentaneam poenam infligere; non sufficientem tamen judici potestatem dedisse videtur Legumlator, pro puniendo conatu proximo criminum poenae mortis obnoxiorum. Eorum proximus conatus enim vel opere perpetuo vel operis poena in tempus incertum puniendus est, ipsiusque poenae posterius nominatae non sisti possunt gradus diversi ex diversis gradibus conatus proximi; saltem enim in sexdecim annos infligitur ex art. 12. ea poena, et licet his praeterlapsis poenae remissionem obtinere possit reus, hoc tamen minime pendere potest a diverso progressu conatus propter quem condemnatus est, sed solummodo ab ejus vita post condemnationem per decem annos acta. Aliquo modo igitur pro conatu criminis capitalis duas poenas absolute definitas constituit Legumlator, et licet inter utramque optionem habeat judex, ea

optio non sufficiens videtur ad juste puniendos diversissimos gradus conatus proximi, eo minus, cum e. g. in homicidio meditato, si vult judex operis perpetui poenam non nisi in crimen *perfectum* quod dicunt, irrogare, pro omnibus reliquis gradibus conatus proximi non nisi unam habeat poenam operis in tempus incertum infligendam, quae poena, ut jam diximus, non ex ante actorum diversa qualitate, sed tantum ex vitae post condemnationem actae ratione temperari potest. Videtur etiam poena perpetua quam pro conatu criminis capitalis infligendi facultatem habet judex, nimis gravis esse in iis maleficiis, in quibus perfectum quod dicitur, crimen cogitari nequit, et in universum non satis ratio habita esse videtur a Legumlatore Bavariae hujus summi gradus tentati criminis. Non solum enim non distincta in eum poena constituta est, sed etiam contra justitiae rationem art. 61. poenae modus de conatus proximi punitione in genere constitutus, ad crimen perfectum quoque adplicari videtur (1). Qui a crimine post ipsum conatum proximum commissum sua sponte destiterit, eum a poena quidem liberandum esse censuit Bavariae Legumlator, non imprudenter tamen art. 59. constituit, ut in gravioribus criminibus, qui a consummando crimine sponte se abstinuerit, ad custodiam specialem disciplinae publicae remitti posset (2), et juste sane civitas in hoc casu adminiculo

(1) De rationibus praeceptorum pro puniendo conatu constitutorum conf. Anmerkungen zum Strafgesetzbuche, Vol. I. pag. 175-188.

(2) Conf. art. 253. ejusdem Codicis, ex quo etiam is qui jam ignem intulit aedibus alienis, igni postea ex motu poenitentiae iterum dempto, a vera quidem *poena*, neque vero a disciplinae *custodia* liberatur.

securitatis uti posse videtur; quod adminiculum ex Codice poenarum Gallico quoque in pluribus casibus adhibendum est (1), Legumlatoribus tamen Batavis anno 1813 displicuit, quare illud hodie non amplius locum habere potest in Regni Nostri parte septentrionali.

Exactissimam fere Codicis Bavarici imitationem continet Codex pro Ducatu Oldenburgensi sancitus et 10. Sept. anni 1813 promulgatus s. t. *Strafgesetzbuch für die herzoglich-Holstein-Oldenburgischen Lande* (2). Adeoque sanctiones quae in Codicis Oldenburgici artt. 45-51 de conatu continentur, prorsus sunt eaedem atque eae quas habet Codex Bavariae art. 57-63. — Illius Codicis art. 43. et 44. tamen definitio criminis consummati continetur, in Codice Bavarico omissa. Pro consummato autem crimine expressa sanctione Legumlator Oldenburgensis haberi voluit factum cui nihil deesset eorum, quae ad notionem delicti a lege propositam requirerentur. Si igitur lege certus effectus facti requireretur, delictum non prius pro consummato habendum esse, sanxit, quam ille eventus secutus esset; si autem ad criminis absolutionem lex non requireret certum eventum, perfectum censendum esse delictum, si actio illicita, lege prohibita, plane esset perfecta. Idem tamen etiam ex *sententia* Codicis Bavarici dicendum esse videtur, licet in ejus *verbis* hoc non

(1) Conf. art. 11. 44, 45, 46, Cod. poen. et: Senatusconsulte du 28 Floréal an XII. art. 131.

(2) Oldenburg 1814.

contineatur; et quamvis propterea laudandus sit Legumlator Oldenburgensis, quod omnem dubitationem circa notionem criminis consummati amovit, ejus rei definitione tamen magis perspicuum reddidit aliquod vitium, quod utrique Codici videtur esse commune. Eo enim quod tam facta quae per se *laesionem continent*, quam facta quae ratione *laesionis ex iis oriturae* puniuntur, ex utroque Codice pro consummatis delictis habendae sunt, dispositionibus iis ex quibus tam proximus quam remotus conatus ad certam rationem puniendi sunt, non omnium delictorum conatum aeque justa ratione puniri, manifestum est; qua de re jam quaedam a nobis pluribus locis dicta sunt, praecipue ubi ipsam conatus notionem examinavimus (1), et aliam *theoreticam* aliam *practicam* esse diximus. Definitio etiam, quam ibidem ex Codice Bambergensi retulimus, aliquam similitudinem habet cum definitione quam modo ex Codice Oldemburgensi exhibuimus. Monendum adhuc est, tam in Bavarico quam in Oldemburgensi Codice multas sanctiones peculiares inveniri, de singulorum criminum conatibus, quas omnes referre necesse non erit. Notatu dignus videtur Codicis Bavarici art. 308, qui est Oldemburgensis art. 313, et ex quo conatus *proximi* poena adficiuntur ii qui ad crimen contra civitatis securitatem committendum, in publico conventu vel scripto edito, provocaverint, sine distinctione, utrum hoc scriptum typis mandatum fuerit, necne; si vero provocatio criminis effectum habuerit, provocatores poena hujus criminis perfecti

(1) Part. I. cap. I. § 1. pag. 1 et sqbs.

plectuntur (1). In art. 82. Cod. Bavarici, Codicis vero Oldemburgensis art. 88, de *conatu auxilii* ad criminis commissionem *ferendi* agitur, iisque articulis peculiaria praecepta constituuntur quorum definitio adcuratior in Jure nostro desideratur.

De Codicum exemplis in aliis civitatibus Germaniae nuper et nuperrime propositis, praecipue in Saxonia, sermonem non faciemus, cum horum Codicum, publica sanctione nondum instructorum, examen ab argumento nostro magis sit alienum. Monuisse sat erit, in omnibus his recentissimis Codicum exemplis in universum adoptatum esse praeceptum, mitius esse in conatum quam in consummatum crimen animadvertendum. Hoc etiam observatum est in novo exemplo Codicis poenarum quod pro ipsa Bavaria nuper anno 1822 proponendum esse videbatur (2), licet Codex Bavaricus anni 1813 tantam celebritatem nactus sit, et tam in Germania quam extra Germaniam in legibus recens sancitis magni momenti fuerit. Ceterum novi exempli Codicis Bavarici Auctores in conatu *definiendo* exemplum Legumlatoris Gallici imitati sunt, *initium exsecutionis* requirentes, licet in conatu puniendo admodum discesserint a praeceptis Juris Gallici (3).

(1) Cf. Cod. poen. Gall. art. 102.

(2) Entwurf des Strafgesetzbuchs, München 1822. — De conatu sermo est art. 44-48.

(3) Cf. Einige Motive zum Baierischen Entwurf, von Goenner, München 1825, pag. 74 et sqbs.

§ VI.

De Codice Rei Publicae Basileensis.

Ut in Helvetiae parte Italica Legumlatores sanctiones poenales pro Regno Italiae quondam propositas imitatos esse, superius vidimus, ita etiam in pluribus pagis Helvetiorum Germanicis Legumlatores vel Codicis Franco-Gallici vel Codicis Bavarici praecepta imitati esse videntur. Primum vero hoc § examinabimus Codicem poenarum, a Re Publica Basileensi promulgatum anno 1821, s. t. *Criminalgesetzbuch für den Kanton Basel* (1), in quo sanciendo magni momenti erant Codicis poenarum vicinae Galliae praecepta. De conatu tamen peculiaria principia adoptata sunt in titulo inscripto : *von dem unvollendeten Verbrechen*, qui iterum in tres partes dividitur: *unvollendetes Verbrechen*, *verhinderte Vollendung*, *freywilliger Zurüktritt.* Sancitur vero § 14, ad criminis notionem non requiri, ut crimen revera sit consummatum (gaenzlich ausgeführt und in allen seinen Wirkungen vollendet), sed jam puniri posse conatum (das Unternehmen), si scilicet delinquens malum suum consilium indubitate manifestaverit actione *externa* ad veram exsecutionem tendente (wenn das bœse Vorhaben des Verbrechens durch eine aeusserliche zur wircklichen Vollbringung führende Handlung unver-

(1) Basel 1821.

(2) Sect. I. tit. IV. § 14-18.

kennbar an den Tag gelegt ist.) Ex § 15. facti auctor qui, quantum ab ipso pendebat, crimen consummavit, ita tamen ut solo casu fortuito vel facto quod praeter illius voluntatem accidit, effectus spectatus non eveniret, mitius punitur quam si revera crimen fuisset consummatum; et quidem, si crimen consummatum punitur ipsa poena capitali, conatus modo descriptus non gravius quam poena operarum publicarum secundi gradus (*Kettenstrafe im zweiten Grade*) per 14 ad 20 annos coërcetur. Inter hanc vero poenam et poenam operarum primi gradus (*Kettenstrafe im ersten Grade*) distinctio constituta est, quae quasi suppleret distinctionem Juris Gallici inter *travaux forcés à perpetuité* et *travaux forcés à temps*, a poenae tempore vero non penderet. In aliis criminibus pro conatus modo descripti poena tertia pars poenae consummati criminis remittitur, ita tamen ut, si e. g. in consummatum crimen poena infligitur a tribus ad novem annos, in conatum criminis infligi possit eadem poëna a duobus ad sex annos, quae ratio computandi peculiaris Codici Basileensi non improbanda omnino videtur. Si delinquens nondum omnia fecit quae poterat, ad spectatam laesionem efficiendam, sed vel in actibus exsecutionem inchoantibus vel in delicti spectati praeparationibus deprehensus, sive impeditus est in executione consummanda (wenn der Thæter im wirklichen Anfange der Unternehmung, oder in Veranstaltungen und in der Bereitschaft zu dem vorhabenden Verbrechen ertappt, oder an der Ausführung desselben verhindert wird,) ex § 16. punitur poena operarum publicarum secundi gradus, per 6 ad 16 annos,

si crimen ipsum morte punitur, in aliis vero casibus poena non potest esse major tertia parte maximi, nec minor tertia parte minimi ejus poenae quae in consummatum crimen scripta est. Si quis vero poenitentia motus, aut alia ex caussa, libera voluntate ab exsecutione se abstinet, ex § 17. non potest quidem puniri poena famosa (*nicht als Verbrecher bestraft*), correctorie tamen in eum animadvertitur (*auf correctionellem Wege gerechtfertigt*), isque damnum datum resarcire tenetur. Nec principia § 15. et 16. constituta observanda sunt, si in casibus particularibus lex aliud statuerit, quod expresse § 18. sancitum est.

Ex harum sanctionum relatione patet, Legumlatores credidisse, eo majorem poenam conatus esse inferendam, quo propius ad ipsam exsecutionem progressus esset tentaminis auctor, et, quod maxime probandum est, pro omni casu leviorem poenam in conatum, graviorem in consummationem, conatusque poenam ita constitutam esse, ut tantum genus sit a lege ipsa definitum, judici vero liceat poenae gradum determinare inter minimum et maximum. Recte etiam crimen perfectum quod dicitur, ab aliis conatibus quoad poenam distinguitur, licet fortasse Legumlator melius fecisset, si pro perfecto crimine § 15. graviorem poenam constituisset, et in generali sanctione § 16. conatus remoti mentionem non fecisset. Ceterum in singulis criminibus gravioribus *dolus pro facto habetur*, id est, conatus poena delicti consummati ordinaria plectitur. Si quis e. g. alteri venenum bibendum tradiderit, et alter solummodo remediis feliciter adhibitis,

sive ex aliis causis ab agentis voluntate non pendentibus, non perierit, poena capitalis irroganda est in conatus auctorem ex § 103. Codicis. Contra si quis homicidium, sive ex impetu (vorsaezliche Toedung), sive ex proposito (Mord), conatus fuerit, neque tamen ad exitum pervenerit, neque qualificatum fuerit homicidium (gemeiner Mord); punitur poena operarum publicarum secundi gradus per 14 ad 20 annos. Conatus vero proditorii sive insidiosi homicidii (Meuchelmord) (1), et tentata caedes parentum vel liberorum (Verwandten-Mord in auf und absteigender Linie), vel conjugis (zwischen Eheleuten), poena operarum publicarum primi gradus per 18 ad 24 annos afficiendus est ex § 104. Paululum tamen nimis severa est § 103. sanctio, neque sufficiens ratio habita esse videtur in § 104. distinctionis inter perfectum crimen et alios gradus conatus faciendae. Notandum denique est, in Legibus Rei Publicae Basileensis quoque inter *Verbrechen* et *Vergehen*, fere ut Jure Gallico inter *crimes* et *délits*, distingui, pro delictis tamen et judiciis correctoriis

(1) Germani quoad poenam etiam differentiam sistere solent inter homicidium *insidiosum* (meurtre commis avec guet-apens, Meuchel-mord), et *simpliciter meditatum* (avec préméditation, mais sans guet-apens, gemeiner Mord), et insuper ab utroque homicidium ex impetu commissum, atque homicidium culpa factum distinguunt, qua de re conf. BOEHMER, ad C. C. C. art. 137. § 19. Galli quoque distinguunt in art. 296. inter *meurtre commis avec préméditation*, et *meurtre commis avec guet-apens*, sed in Gallorum Codice haec differentia nullum juris effectum habet. — Conf. D'ANETHAN, de delicto meditato, pag. 43, 44, 45. Vid. etiam art. 118, 121, Cod. Austriaci. — PHILIPSE, pag. 51.

peculiaris Codex promulgatus est a Moderatoribus Rei Publicae Basileensis, inscriptus : *Gesetz über die correctionelle Gerichtsbarkeit für den Kanton Basel* (1), et in hujus Codicis § 3, Codicis Criminalis § 1-15. ad delicta quoque adcommodari posse, sancitur, adeoque plura in illo Codice tamquam consummata delicta considerantur quae ex sua natura laesionum conatus dici possunt.

§ VII.

De Codice Rei Publicae San-Gallensis.

In hac quoque Re Publica nuper prodiit poenarum Codex, inscriptus : *Kanton St. Gallisches Strafgesetzbuch* duabus partibus constans. Prior s. t. *über Verbrechen* anno 1819, posterior s. t. *über Vergehen* jam anno 1809 promulgatus est, alter *delicta poenis famosis*, alter *delicta poenis correctoriis* adficienda recenset, et uterque in duas partes subdivisus, in posteriori parte ordinem judiciorum exhibet (2). Hujus Codicis praecepta magis ex legibus Germaniae, praecipue Codice Bavariae, quam ex Gallico Codice mutuata sunt, et in generali introductione, inscripta : *Grundlinien des Strafrechts im Allgemeinen*, art. 50 et seq. de conatu agitur ratione quae magis Doctrinae quam Codici convenit, vel aliquo modo tanquam expositio rationum Codicis succincta considerari potest.

(1) Basel 1824.

(2) Uterque typis descriptus est, *St. Gallen bei Zollikofer und Züblin*, sine anni indicatione, duobus voluminibus.

Art. 50. dicitur, actionem, directam ad laesionem, vel laesionis exitum habere, vel non; in priori casu laesionem vocari *consummatam*, in posteriori vero *tentatam*. Art. 51. docetur, conatum poena afficiendum esse, quia lex jam laesionum germina in prima eorum explicatione intercipere debeat, et quivis facti progressus novum ad consummandam laesionem incitamentum suppeditet. Art. 52. contenditur, eum qui propria voluntate a delicto recesserit, nulla poena esse afficiendum, prudentiam enim politicam hoc suadere, ut cuivis regressus a maleficio reddatur facilior. Art. 53, conatum qui per se jam laesionem constituit, poena illius delicti particularis, et tanquam conatum puniri debere, constituitur. Art. 54. denique in universum puniendus esse dicitur conatus, ex progressu actionis cujus malus effectus praeter agentis voluntatem impeditus fuerit, ad laesionem efficiendam facto.

Praeter haec praecepta generalia pro *Codicis sanctionibus* minus apta, in ipsius Codicis Criminalis parte I. art. 18. sancitur, ad criminis notionem non requiri, ut actio illicita omnino sit perfecta, et quoad omnes suos effectus consummata; sed jam conatum esse crimen, *die Unternehmung der Missethat ist ein Verbrechen*, si scilicet delinquens suum consilium manifestaverit facto externo, ad veram delicti executionem perducente, quam dispositionem in art. 14. Codicis sui Legumlatores Rei Publicae Basileensis imitati esse videntur. Ceterum art. 19, nullum conatum poena delicti consummati ordinaria afficiendum esse, constituitur, nisi aliud

in casibus particularibus sit sancitum, quod revera e. g. in crimine laesae Majestatis obtinet. Ex Art. 20. delinquens qui, quantum penes eum stetit, *in so weit es von ihm selbst abhieng*, delictum consummavit, ita ut solis momentis fortuitis praeter agentis voluntatem non eveniret spectatus exitus, *in criminibus morte puniendis* poena operarum publicarum in decem annos punitur (*Kettenstrafe*), ad quam ex judicis arbitrio et varia facti circumstantia *ignominiosa expositio* (Pranger), cum vel sine *fustigatione* accedere potest; *in aliis criminibus* reus est afficiendus dimidia parte poenae delicti consummati. Si vero reus deprehensus est în factis crimen praeparantibus, *in Veranstaltungen und Bereitschaft zur vorhabendem Missethat*, criminis *capitalis* conatus ex art. 21. poena operarum publicarum usque ad 6 annos, *aliorum* criminum conatus vel *minimo* poenae in consummatum crimen constitutae, vel amissione jurium civicorum (einfacher Verlust des Aktivbürgerrechts), vel relegatione (Eingraenzung, i. q. *confino* in Codicibus Italiae), ex judicis arbitrio, prout minus vel magis conatus a criminis consummatione remotus erat, puniendus, vel ejus punitio d judicem correctorium remittenda est. Siquis propria voluntate ab exsecutione inchoata se abstinuerit, nulla poena afficiendus est ex art. 22; si vero conatus ex conspiratione cum pluribus consortibus factus fuerit, is qui a crimine recessit, non ab omni poena liberatur, nisi itidem suos consortes ad desistendum ab exsecutione moverit, vel saltem pro sua parte quae potuit, ad crimen impediendum adminicula adhibuerit. Tandem si conatus alicujus maleficii jam

per se constituit aliud delictum consummatum, delinquens punitur ob conatum delicti spectati, et ob illud delictum particulare quod jam perfecit, quare res dijudicanda est ex praeceptis Codicis illius, de concursu delictorum art. 23. et 41. constitutis.

Facile intelligetur, Codice Rei Publicae San-Gallensis aliquatenus quidem Juris Criminalis Rationi satisfactum, et in genere etiam praeceptum illud sancitum esse verissimum, quod leviorem poenam pro conatu, graviorem pro consummato crimine postulat; multa tamen vitia ille Codex cum Codice Basileensi communia, alia peculiaria habet, in Codice Basileensi evitata. Non admodum prudenter e. g. art. 21. generali regula in conatum *remotum* animadversum est, et si ejus articuli *verba* contuleris cum verbis art. 20, tantum conatus ille qui in *crimine perfecto* consistit, et conatus remotus puniri, pro aliis vero *conatus proximi* gradibus nulla poena constituta esse videtur. Praeterea diversa punitionum genera quibus ad conatus diversos gradus puniendos uti potest judex, non satis inter se convenire, et hinc nimium judicis arbitrio tributum esse existimo; contra in puniendo conatu criminis capitalis aliquo modo judicis arbitrium nimis arctis finibus circumscriptum est. Tandem pro conatu omnino perfecto criminis capitalis interdum poena operarum in decem annos nimis levis esse videtur, etiamsi judex poenam accessoriam addat, cujus addendae facultatem habet; contra haec accessoria poena humanitati repugnare videtur, praecipue cum in tam generali sanctione sit constituta, et,

si Legumlatoris mens erat, sub verbis art. 20. non solum perfectum delictum, verum etiam alios gradus conatus proximi intelligi, poena operarum decem annorum pro pluribus gradibus conatus proximi criminis capitalis sane nimis severa est. Ceterum haec sufficiant ad Codicis San-Gallensis generalem mentem demonstrandam, nec erit necessarium singulas ejus sanctiones examinare, in quibus de quorumdum criminum conatu peculiaria praecepta constituta sunt, nec ad finem nostrum pertinere puto, Codicum pro aliis pagis Helveticis jam rogatorum, necdum vero sancitorum praecepta, circa conatum proposita, investigare.

§ VIII.

De Codice in Russia proposito.

In vasto Imperio Russiae jam quondam Catharina II, in notissimo mandato, Viris ad Leges scribendas convocatis dato, et ex Viri Celeberrimi Montesquieu doctrina potissimum hausto, circa conatum delictorum praecepta adoptari voluit quae cum maxime Juris Criminalis rationi consentanea esse videntur : « Quoique les lois ne punissent pas l'intention, ce n'est pas à dire pour cela qu'une action par laquelle on commence un délit et qui marque la volonté de l'exécuter, ne

(1) Instruction donnée par Cathérine II. Impératrice de toutes les Russies, à la commission établie par cette Souveraine, pour travailler à la rédaction d'un nouveau Code de Loix, Lausanne 1769, § 201.

mérite une peine, quoique moindre que celle qui est décernée contre le crime mis a exécution. Une peine est nécessaire, parce qu'il est important de prévenir même les premières tentatives des crimes; mais comme entre ces tentatives et l'exécution, il peut y avoir un intervalle de temps, il est bon de réserver une peine plus grande au crime consommé, pour laisser à celui qui a commencé le crime, quelques motifs qui le détournent de l'achever. »

Posteriori aetate duo pro Imperio Russorum ex publico mandato proposita sunt Codicum Criminalium exempla a JCtis Germanis Globig et Jakob (1), in quorum praeceptis, circa conatum expositis, explicandis non immorabimur, cum ea non nisi exitus esse videantur receptae in Germania Doctrinae, de qua jam satis a nobis dictum esse arbitror. Transeundum igitur nobis est ad eum Codicem qui, licet nondum publicam sanctionem obtinuerit, a Viris tamen ad hoc negotium jubente Imperatore convocatis, adumbratus, et ab ea Senatus curia, cui Legumlationis cura demandata est, confirmatus, in lucem editus, et jubente Alexandro Imperatore a Viro qui ei a consiliis erat, in linguam Germanicam translatus, prodiit sub titulo : *Criminal-Codex für das Russische Reich von der Kaiserlichen Gesetzgebungs-Commission entworfen, und nach erfolgter Genehmigung der gesetz-gebenden*

(1) Alterum typis traditum est Dresdae 1815, alterum Halae Saxonicae 1818.

Abtheilung des Reichsrathes zum Drück befœrdert (1). Constat hic Codex tribus partibus quarum prima inscripta est : *Allgemeine Grundsaetze des Criminalrechts*, secunda : *von den Strafen für die Staats-und für die Gemeinde-Verbrechen*, tertia vero : *von den Strafen für Privatverbrechen*, quae delictorum divisio in tres classes accedit ad aliam propositam a Bentham, qui revera, ut ex Imperatoris Alexandri epistola ad eum scripta patet, aliquam vim habuisse videtur in Codicis adumbrationem (2).

De conatu etiam in hoc modo laudato Codice generalia quaedam praecepta continentur ; § 11. scilicet dicuntur delicta vel *perfecta* vel *imperfecta*, *vollendet oder unvollendet*, § 12. delictum dicitur esse perfectum : « *wenn die gesetzwidrige That wirklich ausgeführt und vollbracht ist*, » imperfectum vero § 13, si factum legibus prohibitum solummodo tentatum, vel si illud inchoatum quidem fuerit, neque vero ad finem perductum. Porro in § 14. dicitur *conatus* eo *fortior* esse, quo propius accedat ad perfectionem actionis quae delictum constituit : « *der Versuch ist um so stærker, je mehr er sich der Vollendung der Handlung des*

(1) Aus dem Russischen übersetzt von L. A. v. Jakob, Halle 1818. Hujus vero interpretationis Germanicae auctor est filius Viri supra nominati L. H. v. Jakob, qui priorem Codicem confecerat.

(2) Papers relative to Codification and public instruction, including correspondence with the Russian Emperor, by J. BENTHAM, London 1817, pag 89.

Verbrechens selbst naehert.» Tandem sub titulo: *von der Verantwortlichkeit des Versuchs*, de conatus imputatione, agitur § 15, eumque minus imputandum esse, sancitur, si esset probatum, delinquentem quidem factum lege prohibitum exsequi voluisse, postea vero vel poenitentia vel poenae metu vel aliis ejusmodi caussis propria voluntate motum, consilium suum non explevisse, vel si factum suspendisset, vel ab eo destitisset. Ex art. 16. magis imputandus est conatus, si delinquens solis momentis fortuitis et ab ejus voluntate non pendentibus, *durch zufællige, von ihm unabhaengige Nebenursachen*, in perficiendo consilio impeditus fuerit. Haec praecepta in genere quidem Rationi Juris consentanea esse videntur, sed admodum vaga sunt, et vix ex illis per se certe effici posset intentio Legumlatoris, mitius in genere puniendi conatum, nisi haec conclusio adjuvaretur aliis Codicis sanctionibus, e. g. dispositione articuli 341, ubi sermo est de tentamine homicidii meditati, idque levius puniendum esse dicitur ex regulis § 13. 14. 15. 16. constitutis. Eodem articulo sancitum est, eum qui alterum interficere voluerit, non minus puniendum esse, ac si revera crimen perfecisset, si modo probari posset, tentamen fuisse veram caussam mortis, conatum secutae. Sed in eo casu poena revera non in *conatum* constitui videtur. Ceterum in veneficio ex art. 345. consummati criminis poena irroganda est, etiamsi datum dolo malo venenum mortis alterius consecutionem non habuerit, et in aliis quoque criminibus, praecipue in admissis contra Rem Publicam et machinationibus cum hoste initis, e. g. § 146. conatus crimini consummato aequiparatur.

Ex capite conatus quoque § 342. punitur is qui vel ex vindicta, vel alicujus rei extorquendae caussa alteri, se eum interfecturum esse, minatus, in hujus consilii exsecutione vero deprehensus, vel in eo perficiendo momentis fortuitis impeditus, vel ab eo perficiendo retentus fuerit: « *gleich einem Versuch ist es zu bestrafen, wenn jemand aus Rache, oder um etwas zu erpressen, den andern zu tœden drohet, aber bei Ausführung seines Vorsatzes ergriffen, oder durch Nebenumstaende daran gehindert, oder davon abgehalten wird.* » Admodum vaga sunt hujus articuli verba, et licet verum sit, in tali casu eum qui minatus est, *conatum* fecisse videri e. g. *furti violenti*, quo ex praecepto etiam Legumlatores Franco-Gallici exierunt, in mortis minationem art. 305. eandem poenam constituentes quae est ex art. 385. poena furti violenti; alienum tamen videtur, eum qui ad rem alteri extorquendam mortem ipsi minatus est, puniri ea poena quae est constituta in *conatum homicidii*. Haec autem fuisse videtur mens auctorum Codicis Russici, quae ceteroquin minus ex § 342. verbis quam ex ejus collocatione colligitur. De conatu rapinae, et societatibus ad eam faciendam initis in art. 517, ita ut poenae modus ex art. 39. et 40. definiatur, et ii qui poenam perpessi sunt, custodiae publicae disciplinae subjiciantur, tandem de furti simplicis tentamine in art. 536. agitur, atque hoc puniendum declaratur, *si esset conspicuum ex apertis et probatis furti praeparationibus*, secundum regulas constitutas § § 14, 15, 16. Ex his sequitur, utriusque criminis conatum levius puniri crimine consummato. Ceterum in ipso furto simplici ex Legis verbis conatus remotus quoque puniendus esse vi-

detur, quamvis iis verbis quibus usus est Legislator, aliquo modo uti possimus ad proximum quoque furti conatum indicandum, nam quaecunque fecerit fur ad furtum exsequendum usque ad ipsam rei contrectationem, ea aliquo modo furti praeparationes dici possunt. Eo etiam quod principia § § 14, 15, 16. adplicari voluit in furti conatu Legislator, demonstrasse videtur, se peculiari sensu sumsisse verba : « *insofern der Versuch zum Diebstahl aus offenen und bewiesenen Vorbereitungen dazu erhellt.* » Neque tamen omnino diserte suam mentem ille exposuit, et in universum dicendum est, magis praeceptorum aequitate quam perspicuitate in doctrina de conatu Codicem Russorum commendandum esse. Deesse etiam in eo praeceptorum unitas videtur, licet non in animo nobis sit, Codicem propterea vituperare, quod in pluribus criminibus peculiaris de puniendo conatu modus adoptatus sit. Praecipue vero Codex Russorum Codice nostro aequior est in eo, quod regulariter in illo conatus non punitur sicut delictum consummatum, et is qui propria voluntate ab exsecutione destitit, mitiori quidem poena afficitur, sed tamen non omnino absolvitur. Quamvis denique Codex cujus praecepta paucis modo exposuimus, in Russorum Imperio nondum sanctionem publicam obtinuit, illud tamen praeceptum ex quo conatus mitius puniendus est consummato crimine, jam in illo Imperio servari, ex eo Codicis exemplo videri potest quod ante exemplum, jam a Senatu confirmatum, proposuit L. H. Jakob (1).

(1) Entwurf eines Criminal-Gesetzbuches für das Russische Reich, mit

§ IX.

De Codice Hispanorum.

Regni Hispanici facie nuper motibus civilibus mutata, Hispaniae Ordines novum Codicem criminalem proponendum esse censuerunt, propositumque 8. Jan. 1822. adoptarunt, postquam de eo observationes scripserat Bentham. (1) Edicto Regio hic Codex promulgatus est et vim legalem obtinuit die 9. Junii ejusdem anni, licetque paulo post iterum abrogatus sit, operae tamen pretium erit, ejus quoque praecepta de conatu paucis examinare. Praecipuas ejus Codicis sanctiones germanice redditas cum suis observationibus edidit Hartung, in Pandectis Juris Criminalis Hamburgensibus (2), et ex hoc opere liceat mihi ea referre quae ad conatum pertinent. Definitur autem conatus, referente JCto Germano modo laudato, in Codicis Hispanici Parte I, titulo inscripto : *titulo preliminar*, cap. I. art. 5: *manifestatio animi delictum com-*

Anmerkungen über die bestehenden Russischen Gesetze, Halle 1818, pag. 4. not. 2. Cf. etiam appendicem ejusdem operis pag. 236, quo L. H. Jakob praecepta exempli a Senatu confirmati, circa conatum adoptata, vituperat, in quam tamen ejus sententiam non omnino discedo.

(1) Letters to Count Toreno, on the proposed penal Code of the Spanish Cortes, London 1822.

(2) Criminalistische Beitraege, eine Zeitschrift in zwanglosen Heften, herausgegeben von HUDTWALCKER und TRUMMER, Band I. Heft 1. Hamburg. 1824, pag. 34. et sqbs, 2tes Heft pag. 283. et sqbs, 3tes Heft pag. 459. et sqbs.

mittendi, *actione externa qua exsecutio delicti vel praeparatur vel inchoatur*. Egregia sane haec est definitio, et multo praeferenda ei quae in articulo II. Codicis Gallorum invenitur. Et licet Hispaniae Legumlatores aliquo modo imitari Codicem poenarum Gallicum non dedignarentur, praecipue adoptantes delictorum divisionem in *crimes*, *délits* et *contraventions*, vocibus *delitos*, *culpas* et *faltas*; non tamen illi cum Legumlatoribus Gallicis loqui voluerunt de *conatu factis externis perspicuo*, sed dixerunt adcuratius, *ad conatum requiri*, *ut consilium externis actionibus adpareat*. In eo etiam a definitione Juris Gallici discesserunt, quod praeparatione criminis quoque conatum committi posse voluerunt. Porro in ejusdem capitis art. 6 expresse declaraverunt, propositionem, ad crimen perficiendum alteri factam, nec ab altero acceptatam, ipsamque conjurationem ex qua nondum perventum esset usque ad criminis conatum, tantum in casibus specialiter a lege expressis puniendas esse. Ex regula autem generali articuli 7. et nisi ex peculiari legis sanctione aliud praeceptum adplicandum esset in singulis criminibus, conatum ita puniri voluerunt Hispani Codicis auctores, ut etiam, si exsecutio suspensa esset, aut exitu caruisset solo casu fortuito, vel momento a voluntate agentis non pendente, poena non minor quidem esset *quarta parte*, neque vero excederet *dimidiam partem* poenae delicti consummati ordinariae. Si vero delinquens vel poenitentia motus, vel poenae metu propria voluntate ab exsecutione inchoata recessisset, regulariter eum ab omni poena liberandum esse, nisi actiones jam commissae proprium aliquod delictum lege prohibitum sua sponte con-

stituerent, tunc enim hujus criminis particularis poenam infligendam esse, sancitum est art. 8. Tandem expressa art. 9. sanctione cautum est, ut simplex delinquendi cogitatio nunquam puniri posset, nisi manifestata sit actione crimen *praeparante vel inchoante*. Hoc tamen praecepto non excludi medium quoddam securitatis, quo uti possent magistratus in certis casibus a lege speciatim definiendis, eodem articulo enuntiatum est. Multa certe egregie in his articulis constituta, neque vero omnia eorum praecepta comprobanda sunt; et quamvis multo mitius in conatum quam in consummationem criminis animadversum sit, poenae in conatum constitutae minimum tamen interdum adhuc nimis severum esse potest, praecipue pro conatu remoto. In universum hunc recte quidem in conatus *definitione* receperunt Legumlatores Hispaniae, non aeque tamen recte in generali regula quam pro *puniendo* conatu sanxerunt; et quamvis laudem perspicuitatis tribuere debeamus eorum sanctionibus, eas tamen non omnino completas esse, fatendum est.

§ X.

Dē Codice in Hungaria proposito.

Hungaria, ut notum est, Austriae quidem imperio obligatur, neque vero legibus ejus civilibus, neque Codicibus ejus criminalibus tenetur. Jam autem in Comitiis illius Regni quoque de reformando Jure Criminali, et novis legibus Criminalibus sanciendis actum, et ex publica auctoritate nuper

Codex scriptus est qui sub titulo : *Codex de delictis eorumque poenis, pro tribunalibus Regni Hungariae partiumque eidem annexarum, per regnicolarem juridicam deputationem elaboratus*, lingua latina typis traditus, et publico examini submissus est (1). In praeceptis generalibus quae ab initio illius Codicis proponuntur haec de nostro argumento continentur : « Princip. V. Distinctio etiam inter delicta consummata et non consummata fieri debet; in iis quae consummata non sunt, eo gravior poena dictabitur, quo propior conatus ad consummationem fuerit. Sic merus conatus mitiori poena quam delictum attentatum aut inchoatum coërcebitur. Conatus in indagatione; attentatum in praeparatione; inchoatum in mediorum applicatione constituitur. Sed et illud judici probe discernendum, an delicti consummatio spontaneo delinquentis motu, vi externa, casuve fortuito sit intermissa. » In Parte autem prima, articulo 12, § 16. inter *circumstantias alleviantes* conatus delicti effectu non secuto recensetur, et sequentia adduntur : « Qua in circumstantia duo casus distinquendi sunt : si conatus delicti impeditus est ab ipso operante poenitentiam quasi agente, quia se recolligens noluit delictum consummare, tali in casu, cum jam obtineatur unus finis Legislationis, qui est etiam emendatio delinquentis, propositum delinquendi nimis alleviatur. Si vero quis delictum ideo consummare non potuit, quia fuit aliunde impeditus, cum alias libenter delictum animo praeconceptum, et destinatum perduxisset in effectum, tunc ejusmodi facinoris attentatio externis signis, factoque

(1) Pestini 1808, in fol.

manifestata, impunita manere nequit; sed judex in ea punienda hanc regulam tenebit: si videlicet Lex sive Codex iste tali conatui expressam poenam statuerit, tunc legi inhaerendum; si non, tunc pro gravitate facti, et complicatione circumstantiarum, juxta gradus culpae aut malitiae delinquentis, principio quinto conformanda poena locum obtinebit: » Haec sunt principia generalia, de conatu proposita a Legumlatoribus Hungariae, et ex articulis modo laudatis patebit, Codicem minus praeceptorum quam sermonis barbarie esse inquinatum, adeoque multa admodum commendanda in eo contineri. Non solum enim prudentissime nunquam conatum eadem severitate qua crimen consummatum coërceri voluerunt Legumlatores, verum etiam eum qui casu fortuito a laesione perficienda se abstinuisset, multo graviori poena affici, quam eum qui proprio motu ab executione recessisset; quae quidem regulae juris principiis admodum consentaneae sunt. In poenae autem applicatione judicis arbitrio nimium commissum est, neque adprobanda est ea conatus divisio, ex qua inter *merum conatum*, *crimen attentatum* et *inchoatum* distinguitur, tres igitur conatus gradus adoptantur, quin ejus quod crimen perfectum communiter vocatur, ratio sit habita. Eo minus adprobare possumus hanc dividendi rationem, cum sub *mero conatu* in Codice intelligatur aliquid quod ipsi *criminis praeparationi* praecedit, et in *indagatione* consistere dicitur. Licet ignorem, quam significationem huic voci tribuant Hungari, ea tamen vix alia res intelligi posse videtur, quam *simplex animi delinquendi manifestatio*. Quam autem si illo verbo intellexerunt

Legumlatores, illi admodum contra rationem Juris Criminalis peccarunt. Ceterum ex eo jure quo Hungari adhuc utuntur, conatus tantum in *remotum* et *proximum* dividitur a Scriptoribus Juris Criminalis Hungarici, et *remotus* dicitur, si delinquens in praeparandis tantum iis quae ad delictum patrandum pertinent, *proximus* vero, si jam in adplicatione mediorum ipsaque delicti executione versetur (1). Conatus etiam ex legibus Hungariae adhuc vigentibus communiter, e. g. in homicidio non *ordinaria* poena consummati criminis punitur, sed *extraordinaria*, quae ab ordinaria recedit, et arbitriaria est, id est, a judicis arbitrio pendet (2).

Ut autem redeamus ad Codicis exemplum de quo agimus, in eo de conatu, in casibus particularibus plectendo, plurimae dispositiones inveniuntur. Sic in Parte II. ex art. 19, § 3, Lit. *M*. conatus homicidii eo magis puniendus est, quo propius accesserit ad effectum, poena tamen minor ea quae homicidio culposo irrogatur, infligi nequit. Porro ex Partis II. art. 43, § 6. delinquens qui incendium quantum poterat, efficere conatus est, mitius punitur, si laesio non evenit, quam si laesio revera evenisset, quia ratio semper habenda est damni illati; quod principium etiam continetur in Parte I, art. 12, § 17. Idem observatur in crimine quod assassinium dicitur, ut videri potest ex Parte II, art. 24, § 2, Lit. *D*, et in expositione infantum animo occidendi facta, si mors

(1) Elementa Juris Criminalis Hungarici, concinnata per Paulum SZLEMENICS, Posonii 1817. pag 52.

(2) Oper. laud. pag. 67.

exinde non orta est, ex Parte II, art. 23, § 4. In eum qui se ipsum occidere tentavit, poena quidem non infligitur ex Codice, ille tamen considerandus est tanquam homo non sanae mentis, et « *custodiae curaeque Medicorum, ac personarum spiritualium mandandus, donec sibi restitutus esse declarari poterit,* » ex Parte II, art. 28, § 2. Conatus etiam laedendi pudicitiam eo magis puniendus est, quo minus ab actu remotus erat delinquens, habita ratione, an delinquens ab incoepto sponte destiterit, aut ab aliis impeditus fuerit, ex Part. II, art. 37, § 3. Eadem fere regula Part. II, art. 16, § 4 observatur in falso testimonio, in quo sola voluntas ad delictum sufficere dicitur, neque hoc requiri, ut « *damnificatio effectiva subsequatur, quamvis a damni quod delinquens meditabatur, quantitate, delicti quoque quantitatem crescere oporteat.* » (1) Haec sufficient ad demonstrandum, rationem puniendi conatum, Codice Hungarico adoptatam, non esse spernendam.

§ XI.

De Legibus Anglorum.

Apud Anglos nec Codex poenarum communis, nec generalis Codex quaestionum criminalium exstat, sed Jus Crimi-

(1) Alia exempla atque praecepta de conatu, in casibus et delictis particularibus puniendo, inveniuntur in Part. II, art. 1, § 3, 4, 5. art. 12, § 1, Lit. *G.* art. 22, § 1, Lit. *A* et *B.* art. 25, § 3. art. 26, § 1. art. 29, § 1 et 2. art. 31, § 1, Lit. *A* et *D.* art. 33, § 4. art. 32, § 2, Lit. *D.* art. 36, § 1 et 2. art. 38, § 5, Lit. *S.* art. 40, § 3 et 4. art. 43, § 7. art. 46, § 3. art. 47, § 1, 3, 5. art. 48, § 1, 4. art. 40, § 3, 4, etc.

nale, ut Jus Civile, pro parte legibus aetate admodum diversis (statute-law), pro parte moribus (common-law) constat (1). Neque in Anglia, eadem ac Jure Gallico, delictorum divisio est, quae in tribunalium divisionem quadret. *Vulgo* tamen vocibus *crimes* et *misdemeanors* graviora delicta a levioribus distinguuntur, quin ea distinctio aliquid habeat in Jure effectum. Praeterea in sensu *legali* leviora maleficia mulcta vel carcere punienda, et accusationi obnoxia, nomine *misdemeanors* distinguuntur ab aliis gravius puniendis quae *felonies* vocantur, et non solum certi sunt inter utrumque maleficiorum genus limites jure definiti, verum etiam plurimos juris effectus ea distinctio habet. Ceterum sunt delicta graviora, in iis quae *felonies* vocantur, proprie non comprehensa, alia leviora quae non continentur proprie in classe eorum quae dicuntur *misdemeanors*, generaliter tamen utraque voce uti solent Angli ad duas omnium delictorum classes indicandas, fere ut inter *crimes* et *délits correctionnels* Jure Gallico distinguitur, neque tamen ea quae *felonies* vocantur ab iis quae *misdemeanors* adpellantur, diversam per se habent cognitionem, licet iterum ratione cognitionis omnia quae his nominibus comprehenduntur, in duas classes referri possint (2). Neque cum his

(1) BLACKSTONE, Commentaries on the Laws of England, London 1809. Editio decima quinta, notis aucta Eduardi CHRISTIAN, Vol. III. pag. 2 et 3. et sqq.

(2) Cf. COTTU, de l'administration de la Just. Crimin. en Angleterre, Paris 1822, pag. 22 et sqq. — WINSSINGER Diss. laud. pag. 260, et Auctores ibi laudati.

distinctionibus confundi debet distinctio inter *capital offences* et *not capital offences*, ad has etiam multae offensae pertinent quae sunt *felonies*, et ipsum vocabulum *offences* interdum adplicatur ad factum indicandum quod non est delictum in sensu Juris Criminalis. Etiam in doctrina de maleficiis inter *public wrongs* et *private wrongs*, sive *civil injuries* distinguitur, fere ut apud nos inter delicta in sensu Juris Civilis, et delicta in sensu Juris Criminalis latissimo, quo sub eo *crimes*, *délits* et *contraventions* comprehenduntur.

His expositis possumus accedere ad examinandam doctrinam Juris Anglici de conatu. In genere cogitatio non punitur, qua de re sic disserit Blackstone (1) : « an *overt* act, or some open evidence of an intended crime, is necessary in order to demonstrate the depravity of the will before the man is liable of te punishment. And, as a vitious will without a vitious act is no civil crime (2), so, on the other hand, an unwarrantable act without a vicious will is no crime at all. » De eodem argumento etiam Christian haec profert (3) : « *voluntas reputatur pro facto* is still true, both in treason and misdemeanour, but the intention in both must be manifested by an open act. Men connot be punished by the law for the thoughts of the mind, however

(1) Vol. IV. pag. 21.

(2) *Civil crime* hic opponitur *facto inhonesto*.

(3) Ad BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 221. nota.

wicked they may be : even a resolution to commit high treason, evidenced only by a confession, without any attempt to carry it into effect, is not punishable by the law of England (1). » De conatu vero puniendo nullum omnino generale praeceptum legibus est proditum, ex jure tamen communi, teste Christian (2), praeceptum valet : « that every attempt to commit a felony is a misdemeanour; and, in general, an attempt to commit a misdemeanour is an offence of the same nature. » Adeoque addit : « also an incitement or solicitation to commit a crime is a misdemeanor, » quod utrumque auctoritate rerum judicatarum, quae maxima est apud Anglos, confirmat. Jam etiam quondam Vir Clariss. Coke, cujus scripta adhuc magna auctoritate fruuntur in Anglia, proposuerat praeceptum : « *quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne per quod devenitur ad illud* (3). » Item aliis locis Christian contendit : (4) « every attempt to commit either a *felony* or a *misdemeanour*, is a *misdemeanour*; every attempt to commit a *crime*, is a misdemeanour, » et vestigia ejusdem doctrinae reperiuntur alio loco ubi, cum dixisset Christian, crimen *burglary* vocatum ad *felonias* pertinere, addit, conatum illius facti tanquam *misdemeanour* puniri; unde generaliter delictorum qualiumcumque conatus tamquam

(1) Cf. BLACKSTONE, Vol. IV pag. 79 et 80. — BEXON, Parallèle du Code pénal d'Angleterre avec les lois françaises, pag. 209.

(2) Ad BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 221. not.

(3) Ibidem, in nota.

(4) Ad BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 99. not. 2. — pag. 140.

misdemeanors considerari videntur, ideoque in universum pro levioribus maleficiis haberi quam crimina consummata. De eadem re sic sentit Blackstone (1) : « treason in conspiring the king's death is by the English law punished with greater rigour than even actually killing a private subject. And yet, generally, a design to transgress is not so flagrant an enormity, as the actual completion of that design. For evil, the nearer we approach it, is the more disagreeable and schocking : so that it requires more obstinacy in wickedness to perpetrate an unlawful action, than barely to entertain the thougt of it; and it is an encouragement to repentance and remorse, even till the last stage of any crime, that it never is too late to retract; and that if a man stops even here, it is better for him than if he proceeds, for which reason an attempt to rob, to ravish, or to kill, is far less penal than the actual robbery, rape, or murder. »

Servant igitur et Angli hoc praeceptum Juris Criminalis rationi consentaneum, mitius in conatum quam in consummatum crimen esse animadvertendum. Fatendum tamen est, nimiam videri hanc Juris Anglici lenitatem, ex qua in atrocissimis criminibus, velut in homicidio, conatus qualiscunque, adeoque perfectum crimen quod dicitur, tantum quasi *misdemeanour*, quodammodo igitur quasi *disciplinae publicae offensa* punitur. Praecipue manifesta est illa lenitas, si eam

(1) Vol. IV. pag. 15.

comparaveris cum summa severitate legum Anglicarum ratione aliorum delictorum multo leviorum, quae tamen cum illius criminis conatu aliquam habere videntur similitudinem, et notatu dignus est aliquis casus a Blackstone relatus (1). Ex Anglicis scilicet legibus in crimen *mutilationis* quod *mayhem* dicitur Anglis, poena capitis sancitur si delinquens cum animo mutilandi egerit (2). Ex hac lege autem quidam *Coke* quondam in judicium vocatus est qui alium nominatum *Woodburn* provocaverat ad aliquem occidendum, Hic caedem sibi mandatam exsequi volens, hominem immaniter mutilavit eumque mortuum credens abiit. Conatus tamen exitu caruit; vulneratus enim, ad sanitatem restitutus est, ita tamen ut quibusdam membris uti non amplius posset. Coke igitur in judicium raptus tanquam *reus mutilationis* mortis poenam a se avertere studuit dicens, sibi atque mandatario suo consilium hominem occidendi fuisse, non vero mutilandi, ideoque se poena capitali non esse afficiendum contendit, cum solummodo commisisset conatum homicidii meditati, quod ex legibus non esset *felony* sed tantum *misdemeanour*. Hic homo itaque confessione criminis ex sua natura gravioris, se a poena criminis ex sua natura levioris voluit liberare, et sine dubio absurdissimae dicendae forent leges quae talem excusationem admitterent. Neque eam

(1) Vol. IV. pag. 206 207. Cf. BEXON, Parallèle du Code pénal d'Angleterre, pag. 329, in quam tamen non admodum quadrat pag. 333.

(2) Ex statuto 22 et 23. Carol. II. cap. 1. adpellato *coventry act*. Cf. TOMLINS digest of the Criminal Statute-Law, London 1819. s. v. *mayhem*.

illius hominis judices admiserunt, reus enim ad poenam capitalem damnatus, summoque supplicio adfectus est, et licet hoc non fieri potuisset, nisi a juratis judicatum esset, accusatum mutilasse alium cum animo mutllandi, ea res tamen non ita absurda est, ac nonnulli Auctores eam esse judicabant. Male etiam Servin hanc decisionem ita refert : « *on repondit à l'accusé subtilement, qu'assassiner avec des instrumens propres à mutiler, était vraiment commettre ce dernier crime, et en conséquence de cette solution le juriste Coke fut pendu.* » Longe aliter enim legitur apud Blackstone : « *the jury found them guilty of such previous intent to disfigure, in order to effect their principal intent to murder, and they were both condemned and executed* » (1). Neque hanc decisionem neque leges quibus ea nititur, per se absurditatis possumus accusare. Quis enim dubitabit, eum qui alterum crudelissima mutilatione occidere conatus est, gravius puniri debere eo, qui occidere conatus est sclopeto exonerato, cujus ictus attentatum hominem non feriit? Nonne enim in illo casu *homicidii conatus concurrit* cum *crimine consummato mutilationis*, et nonne, si propter hunc concursum poena conatus asperanda est, quod praeceptum etiam Legumlatores Gallici adoptaverunt art. 303. et 304. Codicis poenarum, nonne, inquam, crimen mutilationis quoque probandum est, ut gravior poena possit adplicari? Nonne etiam, siquis per occisionem custodis rei pretiosae rem hanc contrectare

(1) Conf. SERVIN legisl. crim. pag. 32, 33, et 175, cum BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 207.

conatus fuerit, multo gravius ille puniendus est, quam si idem conatus esset per aliud factum? Si igitur ex legibus Anglicis aliquis gravius punitur, si jurati judicaverint eum *convictum esse praeviae intentionis mutilandi ad eum finem directae, ut principalis intentio occidendi efficeretur*, quam si simpliciter judicaverint, *aliquem esse convictum conatus homicidii*, an propterea tam absurdae sunt illae leges? Ceterum non dixerim, conatus simplicis poenam omnino justam esse ex legibus Anglicis, et certe, si quis, quin mutilaverit, aliquem occidere conatus fuerit simpliciter, adeoque forte ex sua parte homicidii crimen omnino perfecerit, ex jure Anglico poena in hoc casu nimis levis est, eoque magis, cum is qui mutilaverit dolo malo alterum quin occidendi animum haberet, summo jam supplicio propterea adfici possit. Semper igitur aliquod vitium Juris Anglici ex casu relato manifestum est, illud vero non est tantum, quantum illud Scriptores nonnulli aliorum populorum praedicaverunt.

Notandum denique est, Juris Anglici lenitatem circa puniendum conatum non eandem esse in omnibus criminibus, adeoque in singulis casibus eadem severitate puniri conatum, qua ipsum delictum consummatum. Primum agendum est de criminibus gravissimis quae sub nomine veniunt *altae proditionis*, *haute trahison*, *high treason*, a quo crimine adhuc apud Anglos aliud nomine *petty treason* distinguitur. In illud vero crimen incidunt, et summo supplicio puniuntur ii qui contra Regis vitam conspirant, vel ipsi mortem in-

ferre aliis mediis conantur (1). Imo nuda verba, sive simplex animi delinquendi contra regem manifestatio, antiquitus tanquam crimina altae proditionis considerabantur, et ideo convicti gravissimo genere poenae capitalis afficiebantur. Hodie vero propter verba ejusmodi non aliud delictum quam *misdemeanour* contrahitur, quamvis adhuc illud crimen *of high treason* conatu Regem occidendi remoto, adeoque sola armorum comparatione contrahi possit (2). Nec omittendum est, eum qui e. g. ob verba illiusmodi hodie ad poenam leviorem condemnatur, non propter *high treason* condemnatum, et generaliter hoc vocabulo totam classem criminum gravissimis poenis adficiendam intelligi. Eo crimine etiam tenetur, et summo supplicio adficitur is qui summum Regni Cancellarium, vel magistratum in supremis Curiis Regiis justitiae tuendae praefectum, cum suo munere fungeretur, interfecerit. Qui vero solummodo hujus criminis conatum commiserit, levius punitur, dubium tamen videtur, num, qui hoc fecerit, in classem eorum delictorum quae *misdemeanors* vocan-

(1) BLACKSTONE Vol. IV. pag. 73.

(2) Conf. BLACKSTONE I. l. et alium Scriptorem ibidem a CHRISTIAN laudatum, FOSTER, qui egregie omnem doctrinam hujus criminis exposuit in opere admodum in Britannia aestimato, cujus est titulus : A report of some proceedings on the commission for the trial of the rebels in the year 1746, in the County of Surry, and of other Crown-cases, to which are added discourses upon a few branches on the Crown Law, 3th ed. Lond. 1809. Tres potissimum excellentissimae Dissertationes in hoc opere continentur, *on high treason*, *on homicide*, et *on accomplices in high treason, and other capital offences*, pag. 183, 255, et 341.

tur, an vero in classem eorum incidat quae dicuntur *misprisions of treason*, ad quam classem e. g. pertinet *concealment of treason* (1). De reliquis speciebus altae proditionis plura dicere necessarium non erit. Videtur vero variis temporibus hujus criminis notio varium habuisse ambitum, et, ut apud Romanos Majestatis crimen latissime patebat aetate quorundam Imperatorem, ita etiam in Anglia praecipue tempore Henrici VIII. proditionis poenae in plurima facta irrogabantur, hodie ab eo crimine remotissima, v. g. propter attentatam pudicitiam quarundum personarum aliosque multos conatus.

Tamquam regulae superius relatae, plurium *criminum* conatus non nisi *misdemeanors* esse, exceptiones quoque considerandae sunt sanctiones legales nonnullae, ex quibus conatus quorundam maleficiorum ad classem eorum pertinent, quae *felonies* dicuntur. E. g. ex statut. 3. cap. 14. Henrici VIII. felonia contrahi potest a quibusdam personis, si contra Regis consiliarios conjurationem inierunt, licet eventus non secutus sit. Porro idem dicendum est ex statut. 9. cap. 16. Reginae Annae de eo qui aliquem qui Regi a consiliis erat,

(1) Cf. Blackstone, Vol. IV. pag. 84 et 120. Aliquo modo vocabulum *misprision* voce latina *quasi* reddi potest, et hinc etiam delicta quae *misprisions of felony* dicuntur, *quasi feloniae* adpellari possunt. Sunt tamen alia delicta *misprisions* adpellata quae item et *contempts* vel *high misdemeanors* vocantur, quod vocabulum ultimum non peculiarem speciem lege definitam eorum indicat quae in genere *misdemeanors* dicuntur, neque ab iis in genere differt.

cum fungeretur officio suo, interficere conatus est; adeoque hic contrahit feloniam quae caret privilegio Clericorum, ergo poenae capitali obnoxia est (1). Hae autem *feloniae* in specie dicuntur *felonies injurious to the king's prerogative*, ut etiam quaedam *misdemeanors* censentur *misprisions and contempts affecting the king's person and government*. Deportatione septem annorum punitur qui alteri in carcere propter proditionem vel feloniam incluso arma aut instrumenta ad fugiendum dederit, etiamsi detentus propositum suum assequi non potuerit, ex stat. 16. cap. 2. Georgii II. (2). Ex alio statuto Georgii II. eadem poena afficiendus est qui pecuniam ab altero extorquere tentavit, adhibitis armis vel minationibus gravioribus. Jam ante Henrici IV. tempora rapinae conatus pro *felonia*, postea vero usque ad Georgium II. pro *misdemeanour* habitus est (3).

Conatus homicidii, licet homicidium meditatum consummatum mortis poena afficiatur, ut jam diximus, solummodo consideratur tanquam *misdemeanour*, et hinc multo levius punitur, nisi perpetratus sit per mutilationem (*mayhem*), vel per venenum alicui suppeditatum (*attempt to murder by poison*). Ceterum et hic conatus quondam ex moribus censebatur tantum esse *misdemeanour*, jure novo vero ille ca-

(1) BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 100. — Cf. WINSSINGER laud. loc.

(2) BLACKSTONE, Vol. IV. 130

(3) BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 243 et 244, et CHRISTIAN, nota 18, ad hunc locum.

pitale crimen factus est statuto 43. Georgii III. cap. 58 (1), et contra adgressio occidendi animo facta quae hodie tantum esse dicitur a *great misdemeanour*, antiquitus puniebatur tamquam *murder* (2). Ut tamen aliquis ex statuto Georgii III. propter veneficium possit capite puniri, debet saltem ex hujus legis verbis venenum datum esse a delinquente, vel id ejus dolo effectum, ut ab alio daretur. Conatus criminis raptus adhuc tanquam *misdemeanour* consideratur (3), gravius vero conatus punitur in crimine abortus, ex Georgii III. statuto (4).

Severae poenae apud Anglos scriptae sunt in aedium effractores, et siquis nocte vel furti vel alius feloniae in genere committendae animo aedes effregerit, licet spectatum maleficium non commiserit, sine distinctione, utrum feloniam ex Jure Communi, an feloniam ex Jure Statutorum *committere* voluerit, commisisse censetur crimen quod dicitur *burglary*, et felonia est ex Jure communi, exempta beneficio clericali, adficienda igitur poena capitali. Adeoque cum ortum esset dubium, num ille qui sine effractione, animo feloniam committendi, vel nocte vel die aedes alienas intravit, vel in aedibus versans feloniam commisit, atque ibi occultus mansit, nocteque per effractionem ex aedibus exiit, eodem crimine posset teneri, statut. 12. Reginae Annae cap .7. constitutum est : « that if any person shall enter into

(1) Blackstone, Vol. IV. cap. 196.
(2) Ibid. pag. 195. Cf. pag. 216 et 217.
(3) Blackstone, Vol. IV. pag. 15, 210 et seqq. 221 n. 2, et ibi Christian.
(4) Christian ad Blackstone, Vol. I. pag. 130. n. 8.

the mansion or dwelling house of another, by day or by night, without breaking the same, with an intent to commit felony, or being in such house shall commit any felony, and shall in the night-time break the said house to get out of the same, such person is and shall be adjudged and taken to be guilty of burglary, and shall be ousted of the benefit of his and her clergy, in the same manner as if such person had broke and entred the said house in the night-time, with an intent to commit felony there (1). » Videtur igitur in hoc casu tam ex Jure scripto quam ex Jure non scripto, criminis alicujus conatus crimini consummato aequiparari; nam licet ex aliorum populorum legibus is qui effractis aedibus e. g. furtum fecit, gravius puniatur quam is qui simplex furtum commisit (2), effractis aedibus ad furtum committendum tamen communitur tantum furti qualificati conatus constitui dicitur, et hinc, qui hoc fecit, levius punitur ac si furtum consummasset, ex iis legibus ex quibus generaliter levius in conatum animadvertitur. Sed, ut jam Romani eum qui domum alienam vi introivisset, lege Cornelia *injuriarum* teneri voluerunt (3), et iis, teste Cicerone, *nihil sanctius*, *nihil omni religione mu-*

(1) TOMLINS, s. v. *burglary*, pag. 89. Cf. idem op. pag. 134.

(2) Jam Constitutione Caroli V. art. 155. hoc furtum dicitur *gefaehrlicher Diebstahl*. Cf. art. 381 - 384, 393 - 396. Cod. poen. Gall.

(3) Cf. L. 5. pr. D. de injuriis. Erat etiam crimen extraordinarium *effractorum*, a quibus *directarii* distinguebantur, de quibus magna est nostra aetate inter Interpretes controversia. Cf. tit. D. de effractor. et DIRK, historische Versuche über das Criminalrecht der Roemer, Halle 1822, pag. 183 sqbs.

nitius esset quam domus uniuscujusque civis, ita etiam Blackstone, Ciceronis locum in auxilium vocans, dicit : « *the Law of England has so particular and tender a regard to the immunity of a man's house, that it styles it his castle*, » et hinc effractio nocturna aedium per se laesionem continere intelligitur, et crimen dictum *burglary* a Scriptoribus Juris Crim. Anglici refertur inter *offences against the habitations of individuals*. — Hac ex caussa etiam conatus hujus criminis Jure Anglico punitur, ut videri potest ex notis Christiani ad Blackstone (1), ubi casus narratur in quo quis crimine effractorum absolutus, denuo in judicium vocatus est propter conatum effracturae : « the prisoner in that case being acquitted of *burglary*, was afterwards prosecuted for a *misdemeanour* in attempting to commit burglary. » De eo conatu puniendo tamen non Lex aliqua scripta, sed ex eo jure quod consensu constitutum communi intelligitur, poena infligenda est. Ex aliorum populorum legibus ejusmodi factum tamquam furti conatus remotus considerari posset, ut effractura ipsa consummata tanquam conatus propior furti, si scilicet facta fuerit furandi animo. Et ex rei veritate quoque dicendum esse videtur, aedium effracturam per se esse gravem laesionem, nec inepte dicit Blackstone, tale factum esse, « *as it is a forcible invasion and disturbance of that right of habitation which every individual might acquire even in a state of nature*, » neque solummodo puniendum propter « *the abundant terror that it naturally carries with it* (2). » Non inconcinne

(1) Vol. IV. pag. 227. not.
(2) Vol. IV. pag. 222.

etiam ea de re disserit Bexon (1) : « pour la tentative de la robbery, vol avec force ou avec effroi, puni de mort, la peine n'était que la transportation pour sept ans. Mais il parait en même temps que, pour d'autres tentatives de crime, pour lesquelles l'intention de les consommer dans toute leur gravité était déjà démontrée par une action coupable en elle-même, la peine est restée égale à celle qu'encourt celui qui l'aurait consommé. Comme on l'a vu par exemple dans la *burglarie, ou introduction de nuit dans une maison, avec effraction, pour y commettre un crime*, et pour la tentative de laquelle la peine est la *même* que pour la consommation du crime, soit que l'intention ait eu son effet ou non, et dès qu'il y a eu effraction et entrée, ne fut elle que d'une partie du corps. Cette différence est fondée sur le respect particulier qui est dû à la demeure d'un citoyen, et a l'idée juste que celui qui s'y introduit la nuit et avec effraction, *a déjà consommé un crime, qui annonce* qu'il était déjà déterminé à tout braver pour consommer celui pour lequel il avait osé le premier, et qu'il n'y avait pas à douter qu'il l'eût réellement exécuté, s'il n'eût point été arrêté, lorsqu'il en commençait l'exécution, avec autant d'audace (2). » Minus recte tamen dicitur a Viro Consultissimo : « *pour la tentative de burglarie la peine est la même, que pour la consommation*

(1) Parallèle du Code pénal d'Angleterre, pag. 143 et 144.

(2) Id. BEXON, eod. opere, pag. 358. Code de Bavière, introd. Part. II, pag. 12.

du crime; » nam ex hoc capite nemo in judicium vocatur, nisi qui effregerit et introiverit aedes, in quo casu crimen dictum *burglary* consummatum esse intelligitur, et is qui hoc crimen tentaverit, sive aedes effringere conatus fuerit, tantum ex capite levioris delicti propter *misdemeanour* in judicium vocari potest. Ceterum Angli in effractura aedium nocturna punienda non solam effracturae laesionem spectant, nam non contrahitur hoc crimen nisi quis effregerit aedes cum animo feloniam committendi, velut furtum, raptum, homicidium aliudve, *with intent to commit a felony*, ex antiqua JCti Coke definitione (1). Si haec intentio deest, factum tantum dicitur esse a *trespass* (2), quo vocabulo, licet interdum i. q. *transgressio*, *infraction*, significatur, et ideo vera delicta in sensu Juris Criminalis indicantur, in specie tamen illud *private wrong* sive *civil injury* intelligitur (3), quo quis in fundum alienum nolente domino ingreditur, et ex quo *an action of trespass* conceditur, quae actio mere civilis est. Alias quaedam actionum dictarum *of trespass* e. g. *vi et armis*, comparari possunt *interdictis* Romanorum.

Alia species delictorum *against the habitations of individuals*, illud est quod dicitur *arson*, sive incendiariorum crimen. Hoc etiam contrahitur siquis ignem infert suis aedibus, cum intentione ut ignis ad alias aedes procedat. Si tamen ignis

(1) BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 223.
(2) Eodem. pag. 227.
(3) Eod. Vol III. pag. 208.

non processerit, licet delinquentis aedes deleverit, factum illud, ut dicit Blackstone, non felonia est, quia *by the common Law no intention to commit felony*, sive quod his verbis vult dicere Auctor, *no attempt of a felony, amounts to the same crime*. Quare etiam in dicto casu factum ex Jure *Communi* tamquam a *high misdemeanour* puniendum est *by fine, imprisonment, pillory, aud perpetual sureties for the good behaviour*. Hoc ultimum simile est ei quod Jure nostro dicitur *renvoi sous la surveillance de police*, et notatu dignum est, nec Anglos hoc institutum per se libertati civili contrarium habere, idque cum aliis populis propter conatum adplicandum censere in singulis casibus. — Siquis per suarum aedium incendium ignem aliis inferre tentaverit, et ne ipsius quidem aedibus damnum datum fuerit, nihilominus eum fecisse *a misdemeanour*, judicatum est (1). Contra siquis ignem directe intulerit in aedes alienas, et factum ejus effectu caruerit, poena capitalis irrogari non potest, quae ex Jure Communi tamen est incendii consummati poena. Accusatio enim quae in incendiarios ex Jure Communi ad illam poenam irrogandam institui potest, quondam debuit continere verba *incendit* et *combussit*, quapropter nec hodie talis conatus aliter in judicium vocari potest, quam *by indictment of a misdemeanour*, ex generali Juris Communis praecepto (2). Ceterum si aedium alienarum minima pars fuerit concremata, ex capite incendii capitalis accusatio institui potest, et, ut juris

(1) BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 221. et ibid. CHRISTIAN, in nota.

(2) Ibid. pag. 222.

Communis praecepto circa conatum regulariter adhuc vigenti in multis aliis casibus Legibus sive Jure Statutorum derogatum est, ita etiam hodie ex Statutis interdum incendii conatus gravius puniri posse videtur (1).

Haec sufficiant de conatu *feloniarum* dicta. Conatus eorum quae *misdemeanors* dicuntur, etiam subinde puniri possunt tamquam *misdemeanors*, non ita generaliter tamen, cum plura quae per se non nisi feloniarum conatus sunt, tamquam *misdemeanors* considerentur, et de conatus conatu puniendo ulterius sane in infinitum sermo esse nequeat. Neque, etiamsi conatus leviorum delictorum, *misdemeanors* dictorum, ipsi sint *misdemeanors*, propterea credendum est, eos eadem poena puniri ac consummatum delictum. Ceterum ab argumento meo alienum esse videtur, adcuratius disquirere, in quibus casibus et quo modo leviorum delictorum conatus puniantur. Notandum tamen est, saepius furtorum quae communi nomine *larceny* continentur, conatus non puniri posse videri, praecipue si furtum consummatum ipsum tale est quod non *feloniam* constituit (2). Saepissime etiam conatus poena ex arbitrio judicum, praecipue judicum Regni Supremorum infligi posse, nec Jure Communi nec Jure

(1) Ibid. pag. 222. in nota, 43. Georg. III. cap. 58. sancitum est: « that if any person shall wilfully and maliciously *set fire to any house*..., with intent to injure or defraud his majesty, any of his subjects, or any body corporate, he, his counsellors, aiders, and abettors, shall be guiety of felony *without benefit of clergy*. »

(2) Blackstone, Vol. IV. pag. 229 et sqbs.

Scripto hoc aliquo modo definitum esse videtur, a quo momento in poenam incidat conatus, licet ex diverso delinquentis in periculoso facto progressu, uti ex supra relato incendiariorum exemplo patet, diversus poenae modus interdum vel ex Legis vel alius Juris sanctione sit adhibendus.

§ XII.

De Legibus Scotorum.

Scoti, exceptis caussis ad *altam proditionem* sive ad id quod *high treason* dicitur, pertinentibus, in omnibus reliquis caussis criminalibus, ut in civilibus, Anglorum Legibus et Jure Communi non utuntur, sed proprium Jus habent, ipsis sponsum per ipsam legem qua utriusque Regni arctior conjunctio effecta est, et utriusque Regni Parlamenta in unum confusa sunt. Ad Jus vero Criminale Scotorum commentarium scripsit excellentissimum Cl. Hume (1), quem non immerito Blackstonium Scotiae dixeris. Ceterum in Scotia, ut in Anglia, nullus proprius poenarum Codex exstat, sed Jus Criminale partim statutis, partim etiam moribus constat; summa etiam in Scotia est rerum judicatarum, et major quam in Anglia Juris Romani auctoritas (2). In commentario JCti Hume magis quam in scriptis JCtorum Anglorum, ante

(1) Commentaries on the Law of Scotland, respecting crimes. Editio 2. Edinburgh 1819, Vol. I. on *offences*, Vol. II. on *proceedings*.

(2) HUME, Vol. I. pag. 4. et sqbs.

ipsam tractationem singulorum criminum principia Juris Criminalis generalia exponuntur, et hinc etiam quaedam de conatu leguntur, sed multo potius ibi (1) de conatus puniendi ratione ex rei natura disserit Vir ille Doctissimus, quam ex legibus Scotiae. Jam ejus theoriam superius retuli, ea igitur ad nostrum argumentum non amplius pertinet. Principium quod in conatu puniendo Leges Scotorum admiserunt, exponit Vir Clariss. his verbis : « it is true that in many instances, more especially of late, our lawyers have refrained, in such cases (as in the case of one who stabs and wounds, or administers poison, meaning to murder, or assaults with an intention to commit a rape or a robbery, or breaks into a shop in the night, to steal, but is caught before he has displaced any of the goods), from libelling directly as for an *attempt* to murder, rob, ravish, or the like; and have thought it better to shape the charge as for the *assault* made, or other harm done, and to state the ultimate and flagitious purpose, as an accompaniment only or aggravation of the injury. The charge, however, for aught I can see, is equally competent in either form; and indeed in many instances, the libel would be nearer the truth of the case, and the sentence, which is often a severe one (transportation in a case of attempt to rob or murder), would cohere better with the libel, if the high and meditated crime were stated in direct terms, as the grave and principal matter of charge, and not as a quality only of the harm done, which

(1) Vol. I. pag. 26 et sqbs

sometimes bears a very low proportion of the other. » Ex his patet, saepius idem factum vel tamquam propriam laesionem vel tamquam conatum alius gravioris laesionis in judicium vocari ex accusatoris publici, in Scotia pro omnibus criminibus instituti, arbitrio, et subinde, si accusatio modo posterius indicato instituitur, eam gravioris poenae consecutionem habere posse; quod apud Anglos, ut supra in exponenda doctrina conatus caedis per mutilationem factae vidimus, aliter se habet. In universum apud Scotos gravius quam apud Anglos in conatum animadverti videtur, neque vero magis quam apud Anglos praeceptum generale de puniendo conatu expresse in legibus statutum invenitur. Colligi tamen potest ex JCti Hume loco modo laudato aliisque (1), poenam conatus plerumque non esse capitalem, illumque levius puniri quam delictum consummatum. Nec unquam apud Scotos cogitatio nuda punitur, ut itidem patet ex eodem Auctore (2). De singulis vero casibus quibus conatus poena afficitur, plurimae exstant in Jure Scotorum sanctiones, quarum nonnullae hic sunt recensendae.

In crimine incendii quod *fire-raising* apud Scotos dicitur, si ad actum proximum pervenerit delinquens, ejusmodi conatus consideratur tanquam *a point of dittay* (3), et punitur

(1) Cf. Pag. 26 sqbs. cum pag. 175 et 448.

(2) Pag. 26, 28, 29 et seqq. 144 in fine, et 145.

(3) I. e. tamquam titulus *accusationis* ex capite *incendii* instituendae. *Dittay* enim Scotis sumitur pro *indictment*.

reus pro modo admissi ex formula quam dare solent judices, de admittenda accusatione judicantes, his verbis: *relevant to infer an arbitrary punishment* (1). Non tamen eodem modo coërcetur conatus quo crimen consummatum, hoc enim capitale est, et hinc dicit Hume, esse differentiam inter *the compleat and capital crime of fire-raising and the attempt of it* (2). Porro dicit Hume, saepius admissam jam esse accusationem conatus remoti hujus criminis, et non solum provocationes ad id committendum puniri posse, verum etiam minationes incendii, earumque ipsam enuntiationem juste considerari *as an outrage and an injury* propter *the alarm and loss of peace which may often attend such denunciations*. Homicidii meditati quod *murder* dictum, capitale crimen etiam in Scotia est, conatus non crimen capitale censetur, sed etiam ejus accusatio judicari *only relevant to infer an arbitrary pain*, et secundum hanc formulam post juratorum effatum poena irrogari solet ex judicum arbitrio, quod satis magnum est in Scotia. Imo

(1) De admittenda accusatione enim in Scotia, non ut in Anglia Jurati, sed Judices Curiae quae dicitur *Court of justitiary* judicant, et eorum sententia dicitur *interlocutor of relevancy*. Hujus rei historiam narrat HUME, Vol. II. pag. 270-290, et praecipue conferendae sunt pag. 279-289 quoad praecepta Juris Scotici circa poenam *ordinariam* et *extraordinariam* et differentiam inter *pains of Law* et *arbitrary punishment*. De judicum potestate, mitigandi poenas legitimas videatur Vol. I. *introduction* pag. 10. et sqbs. Poena arbitraria vero est communiter mulcta, carcer, corporis coërcitio, neque unquam poena mortis esse potest.

(2) L. l. pag. 123. 124. 131 et 132.

eadem fere ibidem adhuc inter poenas *legitimas* et *arbitrarias* differentia admittitur, quam quondam ex interpretatione Juris Romani in plurimis Europae civitatibus observabatur. Plerumque transportatione puniri solet homicidii conatus, et licet ex statuto anni 1525. cap. 9. (1) capite ille puniendus sit, haec tamen lex in desuetudinem abiit, teste Hume, vel potius in praxi numquam observata est. Nec Lex Anglica quae capitali poena afficit eum, qui animo occidendi in alterum sclopetum exonerat, ad Scotiam pertinet (2). Quid vero dicendum sit de eo, qui veneno alterum de medio tollere tentaverit, non inter omnes constat; plurimi enim volunt illud crimen sub quibusdam momentis adgravantibus, v. g. contra magistratum, magistrum aut patrem commissum, esse capitale, et ad hanc sententiam defendendam utuntur Lege 1. in fine D. ad Legem Pompeiam de Parricidiis. Dubium tamen est, an non Scotiae consuetudines huic principio derogaverint; plurimae enim exstant variorum tribunalium sententiae quae in illud crimen poenam capitali minorem irrogarunt, postquam accusatio judicata erat *relevant to infer an arbitrary pain*.

(1) THOMSON, edition of the statutes, Vol. II. pag. 297 et 298.

(2) HUME, pag. 115. not. 2. Cf. pag. 322. — Lex de qua hic loquitur HUME, et quam supra omisi, est 9. Georgii I. cap. 22. Saepius vero hodie adhuc in Parlamento Britanniae leges sanciuntur, in quibus expresse constituitur, eas ad Scotiam non pertinere, licet unum tantum hodie pro tota Britannia sit Parlamentum. Verba Legis laudatae sunt : « if any person or persons shall wilfully an maliciously shoot *at any person in any dwelling-house or other place*, » eaque partem facit Statuti, dicti *Black-Act*. Ceterum ea minus generalis est quam HUME eam adlegat, atque praecipue etiam domicilii violationem spectare videtur.

(3) HUME, pag. 175 in notis, 176 ibidem, et. pag. 127.

Neque tamen desunt exempla in quibus capite punitus est delinquens. Quoad raptum observandum est, sub eo vocabulo stuprum violentum ex Scoticis legibus etiam contineri, eamque doctrinam ortam videri ex interpretatione Juris Romani quondam communi, a Scotis quoque adoptata. Conatus vero hujus criminis punitur poena ex arbitrio judicis determinanda, id est, vel exilio, vel fustigatione, vel poena infamanti, et aliquando etiam transportatione, habita ratione vis illatae. (1) Idem omnino principium auctoritate rerum judicatarum confirmatum est, respectu adgressionis cum animo rapiendi, furandi, vel alicujus obligationis extorquendae caussa, etiamsi finem suum non consecutus fuerit delinquens(2). Particulare crimen dictum *hamesucken* ex legibus Scotorum est *the felonious seeking and invasion of a person in his dwelling house or place*, ejusque criminis momentum principale est, ut dicit Hume, *the violation of the security of a persons home* (3). Magnum igitur similitudinem hoc crimen babet cum eo quod dicitur Anglis *burglary*, adeoque hoc ipsum Anglis antiquitus *hemesecken* (4) dictum erat, sed crimen quod hodie ita Scotis dicitur, non nisi adgressione *in personam*, in ejus domicilio facta, contrahitur, et jam ex Jure Antiquo, in Libro *Regiam Majestatem* contento, poena capitali adficiendum erat, etiamsi adgressionis finem non ad-

(1) HUME, pag. 305, ubi etiam sententiae, recens, 1817 latae, referuntur.

(2) HUME, pag. 322, ubi laudantur sententiae 1813 latae.

(3) HUME, pag. 307. 308 et sqbs.

(4) BLACKSTONE, Vol. IV. pag. 222.

tigerit delinquens. Hodie tamen illud ex arbitrio judicantium mitius puniri solet, nisi atrox injuria cuidam in ejus domicilio sit illata, et si vis nulla personae facta fuit, licet inferendi vim animum habuerit is qui introivit aedes alienas, ex capite illius criminis delinquens accusari nequit (1). Poena etiam arbitraria plectitur, leviori tamen ea quae est criminis consummati, *by a lower correction*, tentata subornatio testium, et sollicitatio ad falsum testimonium dicendum, licet, ut dicit Hume, « attempt to suborn is a point of dittay. » (2) Conatus in incestu quoque punitur arbitrio judicis levius quam crimen consummatum, licet quidam eamdem poenam in utroque casu irrogandam esse dicant (3). Idem est de conatu criminis nefandi quod consummatum morte punitur (4). Poena mulctae, sive carceris, fustigatione, ignominiosa expositione, aut transportatione per septem annos afficitur, qui ab altero pecuniae summam extorquere tentaverit, ipsi literas comminatorias scribendo, porro arbitrarie quoque, et aliquando transportatione coërcetur conatus rapinae, licet crimen hoc, *robbery* vel etiam *stouthrief* vocatum in Scotia, consummatum capitale sit (5). Etiam animadvertitur in eum qui *domum* alienam, cum vi et effractione, animo *furandi*, ingreditur, quod crimen apud Anglos dicitur *burglary*, apud Scotos vero tamquam conatus *furti gravis* consideratur, sive ejus criminis quod *theft by house-*

(1) HUME, pag. 314. et sqbs.
(2) Pag. 376. et 9.
(3) HUME, pag. 448.
(4) Idem pag 466. et 27.
(5) HUME, Vol. I. pag. 26. et 102, 455. et 436.

breaking, vel etiam solummodo *house-breaking* vocatur. Dicit enim Hume : « the notion of *house-breaking* in the Law *of Scotland is the perpetration of theft, by the violent entry of a house*, » et hoc crimen capitalé est (1). Furto autem non consummato, licet aedibus effractis, tantum committitur *attempt of house-breaking*, et hoc factum tantum habet arbitrariam animadversionem. Conatus criminis quod dicitur *high treason*, ut jam diximus, in Scotia quoque ex Legibus Anglicis punitur; de aliis vero casibus conatus in judiciis Scotiae puniti Hume loquitur in diversis locis operis sui, quos omnes referre longum est, e. g. de punito conatu corrumpendi judices vel magistratus, quod crimen *bribery* dicitur, de poena irrogata *for boring holes in a ship's bottom, and drawing the plugs, to sink the vessel and cheat the insurers* (2), aliisque multis (3). Ex his omnibus patet, in genere conatus puniendi rationem in Scotia maximam partem ab arbitrio judicis pendere, nec admodum in judiciis illius Regni rerum judicatarum auctoritatem certam esse et definitam; dicit tamen Hume (4) : « *the benignity of our practice will consider the actual result, and while it attends to the evil purpose, will not punish the offender according to the extreme wickedness of his heart.* » In ipsis igitur *gravissimis* criminibus aliquatenus eventus spectatur ex usu fori in Scotia, ita ut levius puniatur conatus

(1) Ibid. pag 99. 100. et sqbs.

(2) Ibid. pag. 27. et 402.

(3) Cf. pag. 47 et sqbs, pag. 411 et sqbs, pag. 486 et 487, pag. 507, 508, 521, 547.

(4) Pag. 27.

ipse proximus; et licet gravius regulariter puniatur conatus in Scotia quam in Anglia, in plurimis tamen casibus in quibus Angli per exceptionem conatum poena criminis consummati adficiunt, Scoti a regula generali non deflectuntur. Num conatus puniri possit in delictis levioribus, incertum esse dicit Hume (1) et addit : « *our records do not enable me to say this. The principle is indeed* THE SAME (?); *but the necessity of punishing may not be* EQUALLY FELT. » Quoad conatum remotum vero ita loquitur idem Auctor : « *the law does* NOT ORDINARILY *take cognisance of those remote acts of preparation, such as procuring the instruments of homicide, which serve indeed to disclose a wicked purpose, less or more firm and mature, but are not actual inceptions, or inchoate acts of execution of the meditated deed, and leave also a long season for repentance. It has been considered on such occasions, how difficult it is to obtain conclusive evidence of a criminal resolution, as distinguished from a mere wish or desire; how much more difficult to estimate the degree of guilt, often so different in persons of different tempers and constitutions, ho have proceeded, however, the same length in their preparations; and how impossible to find rules for the suitable apportionment of those pains, which would be due for the complete offence.* » Haec praecepta omnino in sententiam veriorem quadrant, et hinc etiam laudandi videntur Scotorum mores, ex quibus conatus remotus regulariter non punitur. Propterea

(1) Ibidem.
(2) Pag. 28.

etiam absoluti sunt interdum accusati ob veneficium, quia tantum venenum sibi comparasse, occidendi animo, videbantur. Sed addit Hume : « *it would, however, be rash to affirm, that in no case can the procuring of poison be accompanied with such farther circumstances of deep and elaborate preparation, as justly to bring it within a less favourable rule.* » Ejusmodi casum jam superius proposuimus, et Hume quoque narrat casum, ubi talis conatus, cum concurreret cum alio crimine in eadem persona, caussam praebuit poenae capitalis infligendae. Tandem adhuc referre liceat quaedam ejusdem JCti verba verissima, ait enim de proximo et remotissimo conatu loquens : « *between these extremes there lie a great variety of ambiguous cases, with respect to which it is very difficult to say where preparation ends, and perpetration begins. Again*, IN SOME INSTANCES, *there seems to be room for an exception to the ordinary rule, on account of the deep atrocity of the intended mischief, or the extensive, nature, and elaborate preparation and contrivance* (1). » Tales exceptiones etiam Jus Scotorum admittere videtur, et generaliter regulis hujus Juris, licet magnam partem non scripti, pro justa conatus punitione majorem sponsionem civibus dari credo, quam Codicis Gallici regulis, certitudine magis quam aequitate insignibus.

(1) Pag. 28.

CAPUT II.

EXPOSITA JURIS, APUD DIVERSOS POPULOS CIRCA CONATUM CONSTITUTI, PRAECEPTA SUMMATIM COMPARANTUR CUM JURE FRANCO-GALLICO, ADHUC APUD NOS SERVANDO, ET PRO JURE APUD NOS CONSTITUENDO DESIDERIA QUAEDAM MANIFESTANTUR.

Si praecepta circa conatum, apud diversissimos populos Europaeos nostra aetate vel legibus vel moribus constituta, collata fuerint cum iis quae in Codice poenarum Franco-Gallico, adhuc inter nos servando, sunt sancita, patebit cuivis, cum nullius prorsus populi Jure Jus nostrum in doctrina de conatu omnino convenire, et praeter illud ab omnibus populis aeque custoditum praeceptum, cogitationis poenam neminem pati, in hac doctrina nullam aliam Juris nostri regulam eamdem esse apud omnes gentes. Quoad punitionem vero conatus proximi Jus Franco-Gallicum a Jure omnium aliorum populorum, ut ab ipsa ratione Juris Criminalis discedit. Apud nullum enim populum eadem severitate, qua crimen consummatum, conatus punitur ex generali regula, etiamsi conatus proximus sit commissus, et solo casu fortuito ab exsecutione inchoata recedere coactus sit delinquens. Ipse ille populus, cujus Scriptor quidam, ceteroquin ingeniosissimus, et prudentia politica excellentissimus, Legumlatores Gallicos movisse potissimum videtur ad severum illud praeceptum adoptandum, tam in judiciis quam in legibus suis omnino repudiavit hujus theoriae adplicationem. Magis etiam

ex omnium fere populorum legibus, in variis gradibus conatus puniendis, judicis arbitrio tribuitur quam ex Jure nostro, et in hoc quoque momento aliorum populorum Jura magis ad rei veritatem accedere, persuasum habeo. In aliis momentis Jus Franco-Gallicum a quorumdum populorum Jure discedit, cum aliorum Jure quadrat, et nonnulla apud alios populos melius, nonnulla pejus constituta sunt, quin ullum praeceptum indicare possem generaliter comprobandum, in quo Jus Gallicum reliqua Jura superaret omnino. Hinc admodum optandum est, ut Codice poenarum novo, ex Legis fundamentalis sacratissimo jussu, et ex novis Regni nostri necessitudinibus sanciendo Legumlatores nostri in doctrina de conatu Jus Franco-Gallicum corrigant, atque non solum saniora principia in hoc gravissimo argumento admittant, verum etiam Juris Gallici lacunas expleant, et Codicis scripturae vitia emendent. Ceterum hoc eo magis sperandum est, cum etiam ante Jus Gallicum introductum aequioribus praeceptis in puniendo maleficiorum conatu usa sit Patria nostra, et jam Viri ad Codicem poenarum scribendum convocati, intentionem suam, a Juris Gallici severitate in hac caussa recedendi, manifestaverint.

Cum autem in horum Virorum rogationes magni momenti fuisse videantur Leges poenales, jam quondam in Batavia rogatae vel sancitae, praecepta in his de conatu proposita in Lectorum conspectum dare juvabit, antequam novi Codicis, jam pro Regno nostro adumbrati praecepta, circa hoc argumentum adoptata, paucis examinare conabimur. — Jam

vero post multa tentamina Rem Criminalem emendandi, in provinciis Belgii foederati frustra facta, Rei Publicae Batavae Moderatoribus, a Viris ad hoc negotium convocatis, Codicis poenarum exemplum propositum est 1804 (1), in quo regulae de conatu puniendo generales, et fere ratione singuli cujusvis maleficii, quando illud pro consummato habendum esset, peculiares definitiones continebantur. De gradibus conatus in hoc Codice distinctis, quaedam jam supra diximus (2). Regulariter autem Scriptores hujus Codicis ipsum conatum proximum poena criminis consummati, paucis casibus exceptis (3), non puniri, quo magis conatus a consummatione esset remotus, eo minus in eum animadverti, et poenitentia delinquentis poenam conatus minui, neque vero omnino remitti voluerunt. Propior quoque et remotus conatus in omni delicto ex generali regula puniendi erant. Sanctionem publicam hoc Codicis exemplum non obtinuit.

Postea, regnante Ludovico, Viris Consultissimis demandata est cura, novum Codicis exemplum condendi, et hoc opus absolutum 30. Novemb. 1808. a consilio legum ferendarum comprobatum, atque Regio decreto, ut vim haberet in

(1) Stukken door de Commissie tot het Ontwerpen van een Lijfstraffelijk Wetboek overgegeven aan het Staatsbewind der Bataafsche Republiek, in den Haag 1804. I. Ontwerp van eene Inleiding van Recht in het Algemeen, Hoofdst. I. art. 39-41. II. Ontwerp van het Lijfstraffelijk Wetboek, Boek I. Hoofdst. 2. art. 51-62. Hoofdst. 4. art. 13-18.

(2) Part. I. cap. I. § 3. pag. 20.

(3) E. g. in crimine laesae Majestatis, Boek II. Hoofdst. 2. art. 24.

universo Hollandiae Regno, promulgatum est (1). Doctrina quam in eo admiserunt Legumlatores de conatu puniendo, invenitur in art. 14. et sequentibus: « Art. 14. De pogingen, dat is de uiterlijke bedrijven tot toebereiding eener voorgenomen misdaad, tot welken trap ook gevorderd, moeten gestraft worden, niet met de gewone straf op de misdaad gesteld, maar met eene ligtere, naar mate zij gevorderd zijn, ten zij de Wet, in eenig bijzonder geval, de straffe op de poging uitdrukkelijk bepale. Art. 15. Die uit eigen beweging van het volbrengen eener misdaad afzien, moeten met eene nog ligtere straf gestraft worden, wanneer uit het geen reeds door hen is verrigt, geen merkelijk nadeel is voortgesproten. Art. 16. Tot het bestaan van misdaad worden uiterlijke bedrijven vereischt; loutere voornemens of enkele gedachten vallen niet onder het bereik der Wet. »

Conatus igitur ex hoc Codice puniendus erat ex judicis arbitrio, quatenus delinquens in crimine perficiendo progressus erat, et in omni casu levius, quam si delictum ipse consummasset; cogitatio vero nunquam erat coërcenda. Adcuratius tamen Legumlatores etiam de simplici consilii manifestatione loqui, et magis judicis arbitrium restringere debuissent, saltem adjiciendo minimum et maximum quod in definienda conatus poena judex excedere non posset. Ceterum judex ex illo Codice rationem habere debebat causarum, ex quibus crimen exitu caruisse videretur, et si reus sponte

(1) KEMPER, Inleiding, pag. 119 et seq.

se ab exsecutione abstinuisse judicabatur, hoc ipsi prodesse ad poenam mitigandam poterat, neque vero ad eam plane tollendam (1). In quibusdam casibus denique, expresse a lege memoratis, poena delicti ordinaria conatui infligebatur, v. g. in crimine laesae Majestatis ex art. 66 et 71. Idem locum habebat in crimine homicidii ex art. 99 sic scripto: « ook zal met den strop gestraft worden hij, *die alles verrigt heeft, het geen hij wilde en konde doen*, om eenen anderen van het leven te berooven, al ware ook, door eenige omstandigheden buiten zijnen wil, de dood niet gevolgd, » et in art. 176 eadem regula servata erat pro crimine incendii: « *hij die alles verrigt heeft, het geen hij wilde en konde doen*, om den brand of de uitbarsting te veroorzaken, zal volgens den inhoud der voorgaande artikelen gestraft worden, schoon ook door eenige omstandigheden buiten zijnen wil de bedoelde uitwerking niet mogt gevolgd zijn. » In his casibus etiam in specimine Codicis, anno 1808 proposito, crimina incendii et homicidii pro *consummatis* erant declarata, non omnino vero legis severitatem adprobandam esse, jam superius demonstravi. Praecipue in crimine incendii extremus ille conatus proximi gradus, qui delicti *perfecti* nomine venit, summum supplicium merere non videtur, et, ut in genere Legumlator hujus gradus tentaminis rationem generalius habere, ita etiam adcuratius hoc definire debuisset, qualis esse deberet poenitentiae activae post ipsum perfectum

(1) Cf. KEMPER, Aanmerkingen, ad art. 14 Cod. Holl.

conatum eventus (1). In infanticidii crimine non solum conatum qui in commissione, sed etiam eum qui in omissione consisteret, puniri voluit Legumlator Regni Hollandiae, art. 109, ubi dicitur: « opzettelijke daden of opzettelijke *nalatingen*, welke den dood van het kind ten doel, doch niet ten gevolge gehad hebben, zullen gestraft worden met *schavotstraf*, langdurige gevangenis en bannissement, » quae sanctio itidem naturalem aequitatem habere non videtur, praecipue quod ad poenam adtinet, magna severitate pro hoc casu *definitam*, cum pro aliis casibus, ut jam diximus, adcuratior definitio poenae conatus a lege omnino omissa, et ex regula generali *judicis arbitrio* in conatu puniendo nimium relictum sit. Eo magis severa adparet articuli illius sanctio peculiaris, cum ne hoc quidem ejus verbis satis indicatum sit, utrum tantum facta et omissiones, conatum proximum constituentia, an vero etiam constituentia conatum remotum puniri voluerit Legumlator. In universum is reprehendendus est, quod, licet prudenter admodum triplicem conatus divisionem prioris Legumlatoris Bataviae rejiceret, nimis generaliter tamen poenam in conatum art. 14. constituit, et non solum non, ut debuisset, conatum remotum a regula generali exemit, sed ne hoc quidem adcuratius definiit, a quo momento consilii criminosi manifestatio sit coërcenda. Hac quoque omissione ingens judici datum est arbitrium, et in universum parum aequitatis habet latissima art. 14. regula, praecipue

(1) Cf. de art. 99 et 176, PHILIPSE, pag. 93 et 94.

cum art. 13. constitutum sit : « de misdaad wordt gehouden volbragt te zijn, wanneer de daden, welke bij de wet verboden zijn, in alle hare deelen zijn gepleegd, » tam igitur factorum *laesiones continentium*, quam factorum quae per se quasi *laesionum praeparationes* sunt, conatus puniri possint. Quamvis igitur Codex Hollandiae plures dispositiones meliores contineat iis, quae articulo II. Codicis Gallici continentur, neque ille est omnibus numeris in nostro argumento absolutus, nec possum amplecti sententiam Ornatissimi Philipse, qui doctrinam de conatu 1808 a Legumlatore Bataviae ratione conatus adoptatam, summis laudibus extollit (1).

Jam denique pro Regno nostro novum exemplum Codicis poenarum scriptum est a decem Viris, ad hoc negotium auctoritate Regis Augustissimi convocatis, et idem ille quem modo laudavimus, juvenis Ornatissimus Philipse, unius ex decem Viris filius, ex paterna communicatione primus in Dissertatione Academica publici Juris fecit speciminis illius articulos, in quibus generales de puniendo conatu regulae continentur, his verbis scriptae : « Art. 23. Door poging wordt verstaan elk uiterlijk bedrijf, strekkende om aan eene voorgenomene misdaad beslag te geven. Loutere voornemens of enkele gedachten vallen niet onder het bereik der wet. Art. 24. Poging is alleen strafbaar, wanneer het misdaden geldt, op welke volgens de Wet doodstraf of schavotstraf kan

(1) Pag. 93, 94.

volgen. In misdrijven en overtredingen van minderen aard is poging alleen dan strafbaar, wanneer de Wet zulks uitdrukkelijk bepaalt. Art. 25. Geene poging, tot welken trap ook gevorderd, kan gestraft worden met de gewone straf der volbragte misdaad, maar moet altijd eene ligtere straf ten gevolge hebben; ten zij de Wet in eenig bijzonder geval anders uitdrukkelijk hebbe bepaald. Art. 26. Wanneer door den misdadiger alles is verrigt, wat door hem kon gedaan worden, om aan de misdaad haar volle beslag te geven, zoodat de uitkomst alleen toevallig zijne verwachting bedrogen heeft, zal hij met zoodanige straf gestraft worden, welke het naast komt bij die straf, welke hem door den regter zoude zijn opgelegd, indien hij de misdaad volbragt had. Art. 27. In alle andere gevallen zal de straf der poging door den regter worden bepaald, naar mate de poging meer of minder gevorderd is, en naar mate de misdadiger het verder voortzetten der daad uit eigene beweging heeft gestaakt, of daarin door anderen of toevallig is belet of verhinderd geworden. Art. 28. De voorschriften van dezen titel zijn niet toepasselijk op zoodanige gevallen, waarin de poging op zich zelve bij de Wet als eene bijzondere misdaad wordt beschouwd, en met bepaalde straffen bedreigd. »

Praeter has regulas generales ab eodem Philipse (1), communicatae sunt peculiares aliquae speciminis sanctiones, in quibus de conatu peculiarium quorumdam criminum agitur. Ex his in

(1) Dissert. laud. pag. 121 et sqbs.

criminibus *laesae Majestatis*, *homicidii*, *incendii* et *infanticidii* Codicis novi Auctores eadem fere praecepta circa conatum adoptasse videntur, atque in Codice Hollandiae anni 1808 scripta erant, et plurimae earum animadversionum quas de hoc Codice superius exhibuimus, ad novum quoque specimen adplicandae sunt. Articulus 24. continet imitationem art. 2. et 3. Codicis Gallici. Illo tamen conatus poena ad pauciora maleficia, et fortasse ad nimis pauca restricta est. Si porro inter maleficia ipsa velit Legumlator distinguere in puniendo conatu, minus ad eorum gravitatem quam ad eorum indolem respiciendum ipsi esse videtur, ut supra amplius docuimus. Quatenus idonea esse debeant media adhibita, nec in novo specimine indicatum, nec poenitentiae in eo sufficiens ratio habita est. Art. 26. sanctionem continet, Codice Batavo anni 1808 omissam, et magis comprobandam. Ejus tamen exceptiones statuerunt speciminis Auctores minus aequas. In universum vero, eos art. II. Codicis Gallici scripturam et doctrinam emendasse, contendere non dubito, si praecipue excipias eam sanctionem, qua in specimine etiam conatus remotus generali punitionis regulae subjicitur, contra Doctrinam Celeberrimorum nostrae aetatis Scriptorum et plurium populorum communem consensum. De conatu furti regula quoque continetur in art. 323. novi speciminis, quae itidem typis descripta in Dissertatione Ornatissimi Philipse his concepta verbis legitur : « het openen van sloten door nagemaakte sleutels of haken, zoogenaamde keizers of loopers, of andere dergelijke werktuigen, of door toevallig passende sleutels, of door echte sleutels, welke verloren waren, of

waarvan men zich heimelijk heeft meester gemaakt, het beklimmen van huizen, gebouwen of getimmerten, het klimmen door schoorsteenen, het overspringen van grachten of slooten, en andere stoute en listige ondernemingen, het heimelijk insluipen, of onder bedriegelijke voorgevens inkomen in gebouwen, getimmerten, tenten, schepen of vaartuigen, zal, wanneer de dader daarvan geene aannemelijke reden kan opgeven, als poging tot diefstal worden aangemerkt, en alzoo naar de omstandigheden gestraft worden. » Hanc dispositionem aliquo modo commendandam esse credo, licet enim facta hic nominata nonnisi furtorum conatus remoti esse videantur, per se jam in pluribus eorum aliqua laesio inesse videtur, quae, ut vidimus, ex aliorum populorum legibus peculiaris criminis nomine punitur. Praeterea, ut itidem diximus, ratio esse potest, conatum remotum puniendi in *singulis casibus*, licet *regula generalis* de eo puniendo non prudenter proponatur. Sic etiam Legumlatores Gallici art. 399. furti remotum conatum punierunt, et ejusmodi sanctiones eo justiores sunt, quo magis iis facta punienda definiuntur. Propterea etiam articulus modo laudatus novi speciminis Codicis Belgici majorem aequitatem habet, quam art. 399. Cod. poen. Gall.

Sperandum est, fore ut in futuro Codice prudentissimi nostri Legumlatores, ut in hac, ita in aliis caussis vitia omnia emendent, quae tam in Jure Gallico quam in novo specimine forte continentur, et eorum industria atque doctrina opus evadat, et optimo Rege et optima Patria dignum. Adcura-

tius examen praeceptorum in specimine jam confecto circa conatum propositorum, Viris prudentioribus atque magis eruditis relinquo. Neque Viri in Juris Criminalis Disciplina excellentes hoc examen instituere recusabunt, ubi primum erit totius Codicis specimen publice editum, publicoque examini subjectum. Antequam hoc factum fuerit, quaevis singulorum articulorum, quasi fortuito casu in vulgus notorum, examinatio periculosa erit, incivile enim est, ut eleganter dicit Celsus, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere. Hoc autem non solum in legibus interpretandis, atque ad casus in judiciis oblatos accommodandis, verum etiam in politico examine legum publice rogatarum, verissimum esse, persuasum habeo. Eo minus igitur me juvenem in Doctrina Politica parum versatum talis ausus decet, quare ab eo me libenter abstineo. — Liceat autem de eo quod adhuc exposui, finem impositurus scriptioni meae, verba quaedam subjungere. Ad finem me perduxisse propositum opus indefesso saltem labore, Benevoli Judices, Academiae Celeberrimae Professores Clarissimi, judicare non dedignabuntur, idque judicium jam industriam meam compensabit. Si vero altiores scriptioni meae honores obtigerunt, si ei palma Academica non denegata, eaque digna publicae editionis honore judicata fuerit, Te, Benevole Lector, ut illius Auctori faveas, humanissime rogaverim.

FINIS.